

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO LÍMITE A LA INTERVENCIÓN
PENAL

NICOLÁS ARIAS GUTIÉRREZ

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PENAL
MEDELLÍN

2014

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO LÍMITE A LA INTERVENCIÓN
PENAL

NICOLÁS ARIAS GUTIÉRREZ

Tesis de grado para optar al título de abogado

Asesor: Profesor Doctor Juan Oberto Sotomayor Acosta

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PENAL
MEDELLÍN

2014

Nota de aceptación:

Jurado

Jurado

Medellín, 20 de enero de 2014.

A mis padres.

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus sinceros agradecimientos al profesor Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta por su orientación y valiosas críticas para la elaboración de este trabajo.

CONTENIDO

	Pág.
1. INTRODUCCIÓN	11
2. LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD: DE LA TEORÍA PSICOLÓGICA A LA TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD	13
2.1 LA TEORÍA PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD Y EL CONCEPTO CLÁSICO	13
2.2 EL CONCEPTO NEOCLÁSICO: LOS INICIOS DE LA TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD	15
2.2.1 Los inicios: la tesis de FRANK	15
2.2.2 GOLDSCHMIDT y el papel de las normas en la reprochabilidad	18
2.2.3 FREUDENTHAL y la no exigibilidad supralegal	20
2.3 EL CONCEPTO FINALISTA Y SU NOCIÓN PREPONDERANTEMENTE NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD	23
2.4 EL CONCEPTO FUNCIONALISTA	27
2.4.1 La postura moderada de ROXIN	27
2.4.2 JAKOBS y el funcionalismo radical	31

2.5 CONCLUSIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA CULPABILIDAD	33
3. PRINCIPIO Y CONCEPTO DE CULPABILIDAD: SU DESARROLLO EN COLOMBIA	35
3.1 EL DESARROLLO DE LA CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD Y LA COMPRENSIÓN DEL PRINCIPIO EN COLOMBIA	35
3.1.1 El estado de la doctrina en vigencia del Código de 1936	35
3.1.2 La introducción del principio rector de culpabilidad en el Código de 1980	38
3.1.3 La comprensión actual de la culpabilidad en el Código de 2000	48
3.2 LOS SENTIDOS AMPLIO Y RESTRINGIDO DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	53
4. LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	56
4.1 EL FUNDAMENTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD	57
4.2 LAS CONCEPCIONES UTILITARIAS DE LA CULPABILIDAD	63
4.3 LA CULPABILIDAD COMO CRITERIO DE JUSTICIA Y SUS CONSECUENCIAS	74

4.4 CONCLUSIÓN SOBRE EL PAPEL LIMITADOR DE LA CULPABILIDAD	82
5. LOS ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y SU EXCLUSIÓN	84
5.1 LA IMPUTABILIDAD	85
5.2 LA POTENCIAL CONCIENCIA DEL INJUSTO	87
5.3 SUPUESTOS LEGALES DE NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA	89
5.3.1 El estado de necesidad exculpante	91
5.3.2 El miedo insuperable	93
5.3.3 La insuperable coacción ajena	95
5.3.4 La influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas	98
5.4 ¿SON ADMISIBLES SUPUESTOS SUPRALEGALES DE INEXIGIBILIDAD?	100
5.4.1 Los inicios: el tratamiento diferenciado de la inexigibilidad supralegal en FRANK y la defensa de FREUDENTHAL de la inexigibilidad con carácter general	101
5.4.2 El rechazo de la no exigibilidad supralegal en los delitos dolosos de acción en la doctrina mayoritaria	102

5.4.3 La minoritaria aceptación de la no exigibilidad supralegal en los delitos dolosos e imprudentes	103
5.4.4 Toma de postura	108
6. CONCLUSIONES	110
7. BIBLIOGRAFÍA	113

RESUMEN

En la doctrina jurídico penal no existe un uso unívoco de la expresión “principio de culpabilidad”, por lo que en este trabajo se busca indagar por el sentido de esta garantía. Para lograrlo, se explica cómo la evolución de la categoría dogmática de la culpabilidad desde la teoría psicológica a las teorías normativas ha propiciado dicha ambigüedad y se propone una clasificación convencional para introducir una mayor claridad. A continuación, se estudia el debate entre las concepciones utilitarias de la culpabilidad y las tradicionales teorías del merecimiento de pena, pasando antes por la discusión en torno al libre albedrío. Dicha exposición busca establecer en qué medida tales criterios satisfacen o no las exigencias que las normas constitucionales y legales imponen a la culpabilidad. Por último, desde el criterio de justicia que ofrece la fórmula de la exigibilidad, se lleva a cabo una explicación de los diversos elementos de la categoría de la culpabilidad y se estudia la posibilidad de admitir supuestos supralegales de no exigibilidad de otra conducta.

Palabras clave: Derecho penal, principio de culpabilidad, evolución de la culpabilidad, concepciones utilitarias de la culpabilidad, inexigibilidad, elementos de la culpabilidad, inexigibilidad supralegal.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente escrito es en estricto sentido el principio de culpabilidad en el Derecho penal. Sin embargo, el desarrollo de este tema supone también el estudio de la relación entre el principio y la categoría dogmática de la culpabilidad, y especialmente, de las exigencias que impone a ésta una comprensión de tal principio que sea respetuosa de los derechos y garantías constitucionales.

En la doctrina actual pueden encontrarse muy diversos usos de la expresión “principio de culpabilidad”, así que, con el fin de esclarecer el sentido de la misma, se emprende en primer lugar una exposición de la evolución de la categoría de la culpabilidad. Así, se comienza con una breve reseña de las concepciones psicológicas hasta llegar a los desarrollos del funcionalismo, pasando por la explicación del giro normativo que atravesó el concepto. Este análisis permitirá comprender las transformaciones que ha experimentado el principio de culpabilidad, al tiempo que situará la discusión en el terreno de las teorías normativas y dejará planteado el debate sobre las concepciones utilitarias que se abordará más adelante.

En el tercer capítulo, se estudia el desarrollo que el tema ha tenido en la doctrina nacional, para lo cual se expondrán los planteamientos de los autores más representativos, desde los años de vigencia del Código Penal de 1936 hasta la actualidad. Para concluir, se presenta una propuesta sobre el uso que debe darse a la expresión “principio de culpabilidad” con la finalidad de despejar la ambigüedad a la que se hizo alusión -especialmente notoria en el ámbito colombiano- antes de continuar con el trabajo.

Posteriormente, en el cuarto capítulo, se pretende precisar con mayor claridad el sentido del principio de culpabilidad, que considera LUZÓN PEÑA una “peculiaridad del Derecho penal”¹, a partir de la función de garantía que cumple en la teoría del delito la categoría

¹ Debido al principio de *ultima ratio* e intervención mínima, Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 487, 517.

con el mismo nombre. Para lograr este objetivo, se fijará en primera instancia una postura frente al debate sobre el libre albedrío, rechazando por igual la tesis agnósticas y aquellas que lo niegan expresamente. Tras haber afirmado la libertad de decisión como el fundamento material de la culpabilidad, se valorarán críticamente las concepciones utilitarias de la culpabilidad, cuya exposición ya se había realizado en el segundo capítulo. Hecho lo anterior, se concluye con el planteamiento del criterio que se defiende sobre el sentido y fin de la culpabilidad, ligado a la función de límite y a las exigencias de justicia en el caso individual.

Para finalizar, en el último capítulo, a modo de conclusión del trabajo, se intentará conectar el fundamento de la culpabilidad antes propuesto con los diversos elementos de la categoría. Lo anterior sin la pretensión de llevar a cabo un análisis dogmático minucioso, pues ya se indicó que no es la categoría de la culpabilidad el principal objeto de este escrito. Por el contrario, lo que se pretende es desarrollar coherentemente el criterio que se defiende y señalar algunas de las consecuencias más específicas que del mismo se derivan. De modo muy breve se analizan entonces la imputabilidad y la potencial conciencia del injusto, para proseguir con la exposición de las causales legales de no exigibilidad de otra conducta, aclarando desde ahora que el tema merece un estudio adicional que excede los límites de este escrito y que quedarán algunas cuestiones pendientes. Por último, se retomará el tema del segundo capítulo –el desarrollo de la categoría de la culpabilidad–, ahora referido a la cuestión concreta de si son o no admisibles causales supralegales de inexigibilidad.

2. LA EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD: DE LA TEORÍA PSICOLÓGICA A LA TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

A la pregunta sobre el sentido de la expresión *nulla poena sine culpa* se suelen dar diversas respuestas en la doctrina, pues no parece existir un acuerdo terminológico sobre el contenido de este principio. En este capítulo se abordará dicho problema como tomando como hilo conductor la evolución del principio de culpabilidad. Esta exposición nos permitirá explicar cómo los diversos contenidos que se han asignado a la categoría de culpabilidad han propiciado esta confusión terminológica.

A continuación se verá cómo la expresión se acuñó en el marco de la teoría psicológica de la culpabilidad, lo que explica su tradicional sentido de exigencia de dolo o culpa y proscripción de la responsabilidad subjetiva. No obstante, con la progresiva normativización de la culpabilidad, el contenido de la categoría posteriormente deja de coincidir con la reivindicación de la responsabilidad subjetiva. Así, para lograr una mayor claridad terminológica sobre este punto se hace necesario explicar el proceso de transformación del principio de manera previa a plantear la pregunta sobre la función que cumple en el concepto dogmático de delito.

2.1 LA TEORÍA PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD Y EL CONCEPTO CLÁSICO

Como lo señala ZAFFARONI, la diferenciación entre injusto y culpabilidad se originó en el Derecho privado y fue perfeccionada en el S. XIX por obra del jurista V. JHERING². La sistemática clásica de la teoría del delito adoptó este esquema, y en consecuencia, se basaba en una tajante distinción entre los elementos objetivo-externos y los subjetivo-

² Cfr., ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 522.

internos³. Mientras que los primeros eran objeto de análisis en el injusto, todos los elementos de carácter subjetivo se estudiaban en la categoría de la culpabilidad⁴.

El pensamiento naturalístico en boga en el S. XIX pretendió reducir los componentes de la teoría del delito a datos verificables empíricamente⁵. Así, autores de la época, como V. LISZT, LÖFFLER, y KOHLRAUSCH, entendían la categoría de la culpabilidad como la relación subjetiva entre el autor y el hecho, con absoluta neutralidad descriptiva⁶. El dolo y la culpa serían las dos formas que podría asumir la culpabilidad, dependiendo del grado de intensidad de tal nexo psicológico; y el dolo era mayoritariamente entendido como una categoría que incluía el conocimiento de la ilicitud de la conducta⁷. Por su parte, la imputabilidad era considerada un presupuesto de la culpabilidad, o capacidad de acción⁸.

Esta concepción de la culpabilidad recibe el nombre de “teoría psicológica de la culpabilidad”, debido a que se encuentra desprovista de elementos normativos⁹ y simplemente actúa como un concepto de enlace entre el autor y algo ubicado por fuera de su personalidad¹⁰. Por último, era otro dogma de esta concepción, en palabras de FRANK, que *“todos los hechos que podrían ser de importancia para la apreciación jurídica de la acción, es decir, las circunstancias concomitantes, están fuera del concepto de culpabilidad”*¹¹.

Desde este punto de vista, la afirmación de que “no hay pena sin culpabilidad” coincidía plenamente con la exigencia de dolo o culpa; de ahí que desde entonces en un sentido

³ Cfr., WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán, parte general*, Buenos Aires, Roque Depalma, 1956, p. 150.

⁴ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Derecho penal, parte general*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1997, p. 794.

⁵ Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Trotta, Madrid, 2006, p. 421.

⁶ Cfr., FRANK, REINHARD, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Buenos Aires, B de F, 2000, pp. 25-26.

⁷ Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 488.

⁸ Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, Parte general, Op. Cit.*, p. 423.

⁹ Cfr., ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, p. 523.

¹⁰ Cfr., FRANK, REINHARD, *Op. Cit.*, p. 27.

¹¹ FRANK, REINHARD, *Op. Cit.*, p. 27.

tradicional, la expresión “principio de culpabilidad” alude a la existencia de las dos “formas” que la culpabilidad podía asumir.

2.2 EL CONCEPTO NEOCLÁSICO: LOS INICIOS DE LA TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

2.2.1 Los inicios: la tesis de FRANK

La separación tajante en que se fundamentaba la sistemática clásica pronto demostró ser irrealizable. Ante el obstáculo que supuso la explicación de la culpa inconsciente para la tentativa de RADBRUCH de desarrollar un concepto de culpa netamente psicológico, KOHLRAUSCH afirmó que aquella no era ninguna forma de culpabilidad¹².

Estas dificultades condujeron a que FRANK, en su obra de 1907 *—Sobre la estructura del concepto de culpabilidad—*, señalara la imposibilidad de sostener un concepto puramente psicológico de la culpabilidad¹³, y desde la corriente del causalismo valorativo comenzaron a formularse propuestas de modificación de dicho concepto¹⁴. Retomando planteamientos de la ética tradicional, propios de ARISTÓTELES, KANT y HEGEL, FRANK propuso transformar el carácter descriptivo del concepto clásico de culpabilidad¹⁵, aduciendo las razones que a continuación se exponen.

FRANK sostuvo que el estado de necesidad exculpante no podía explicarse satisfactoriamente desde la concepción psicológica de la culpabilidad, puesto que el autor actúa con dolo y pese a ello se excluye la culpabilidad¹⁶. Igualmente, argumenta

¹² Cfr., WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán, parte general, Op. Cit.*, pp. 150-151.

¹³ Cfr., WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán, parte general, Op. Cit.*, p. 151.

¹⁴ Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, Parte general, Op. Cit.*, p. 423.

¹⁵ Cfr., ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, pp. 511, 523. Aclara ZAFFARONI que sólo está inspirado en la ética tradicional en lo que a la forma se refiere, pues el juicio no es ético. Así, esto no implica que FRANK haya abrazado un concepto de culpabilidad ética, como bien lo señala GOLDSCHMIDT, JAMES, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Buenos Aires, B de F, 2002, p. 89.

¹⁶ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 795.

que no era posible graduar la culpabilidad del sujeto partiendo desde un concepto psicológico¹⁷. Por último, criticó el hecho de que la imputabilidad fuese considerada un presupuesto de la culpabilidad y no un elemento de la misma, puesto que nada impedía que un inimputable pudiera actuar con dolo y conciencia de la ilicitud de su conducta¹⁸.

El estudio de este tema es abordado por FRANK desde la perspectiva del lenguaje común, señalando que las circunstancias concomitantes tienen importancia para atenuar o agravar el grado de culpabilidad de las personas, no sólo en las concepciones sociales imperantes, sino incluso en la práctica de los tribunales¹⁹. Sostiene entonces tal autor, que es apenas lógico que esta interpretación del lenguaje común encontrase eco en la ley y procede a señalar diversos ejemplos de la legislación alemana en donde parecieran tenerse en cuenta estas consideraciones para atenuar la culpabilidad. De lo anterior extrae la siguiente conclusión: si tales circunstancias pueden atenuar la culpabilidad, también deberían tener la virtualidad de excluirla sin negar el dolo, como ocurre en el estado de necesidad; pero es preciso entonces comprender de otro modo la categoría de la culpabilidad²⁰.

La conclusión de FRANK fue la siguiente: la culpabilidad está compuesta por tres elementos de igual rango²¹: i) la normalidad mental del sujeto²²; ii) la relación psíquica entre el autor y el hecho, o por lo menos la posibilidad de la misma (es decir, el dolo o la culpa); y iii) la normalidad de las circunstancias en que actúa el sujeto.

En presencia de estos elementos, existiría reprochabilidad; es decir, la posibilidad de formular un juicio de reproche al sujeto por haber cometido un injusto²³. En el

¹⁷ Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, Parte general, Op. Cit.*, p. 424.

¹⁸ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 795.

¹⁹ Casos en los que el común de las personas considerarían que el autor no actuó “culpablemente”, pues no “podía” hacer otra cosa. Además, por ejemplo, podría repercutir sobre la culpabilidad la holgada o desfavorable situación económica del autor. Igualmente se refiere al famoso caso del cochero que conduce a un caballo cuya peligrosidad era conocida (caso *Leinenfänger*), en el que el Tribunal Supremo del Reich enfrentó el problema de si era exigible al autor desobedecer a su jefe y perder su puesto de trabajo. Cfr., FRANK, REINHARD, *Op. Cit.*, pp. 28-29, 43.

²⁰ Cfr., FRANK, REINHARD, *Op. Cit.*, pp. 29-31.

²¹ Cfr., FRANK, REINHARD, *Op. Cit.*, pp. 40-41.

²² La imputabilidad, que en su concepción clásica como presupuesto de la culpabilidad califica de —*fantasma errante*—, FRANK, REINHARD, *Op. Cit.*, p. 33.

²³ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 795.

pensamiento de FRANK, se trata de un concepto de síntesis de los elementos de la culpabilidad: *—culpabilidad es reprochabilidad*²⁴. De ahí que se considera a este autor como el *—iniciador de la moderna doctrina normativa de la culpabilidad*” debido a que fue el primero que caracterizó la culpabilidad como reprochabilidad²⁵. De este modo hicieron su entrada los elementos normativos al concepto de culpabilidad, pero éste continuaría teniendo un contenido heterogéneo, toda vez que abarcaba tanto el juicio de reproche, como el dato psicológico propio del concepto clásico²⁶.

En posteriores ediciones de sus *“Comentarios al Código Penal alemán”*, FRANK introdujo variaciones al tercer elemento del concepto de culpabilidad que propuso. Lo que en un inicio denominó “circunstancias acompañantes normales”, luego fue psicologizado y transformado en “motivación normal”²⁷, para terminar refiriéndose simplemente a “circunstancias excluyentes de la culpabilidad”²⁸. Lo anterior no desvirtúa el aspecto normativo de la culpabilidad, pues éste se origina en la reprochabilidad como tal (censurabilidad de la motivación) y no en el tercer elemento que se comenta²⁹.

Lamenta FRANK que tales circunstancias concomitantes con carácter supralegal no puedan ser tenidas en cuenta en los delitos dolosos, debido al estado de la legislación y teoría alemanas de la época. Por lo anterior propone ampliar la discrecionalidad judicial o extender los límites del estado de necesidad para incluir los puntos de vista de los intereses en juego³⁰.

²⁴ FRANK, REINHARD, *Op. Cit.*, p. 39.

²⁵ *Cfr.*, GOLDSCHMIDT, JAMES, *Op. Cit.*, p. 88. No se quiere afirmar con esto que a este autor le corresponda el papel de haber introducido los primeros planteamientos normativos en la culpabilidad, pues éstos comenzaron con autores como KOHLRAUSCH, M.E. MAYER, y DOHNA. Al respecto, *Cfr.* MELENDO PARDOS, MARIANO, *El concepto material de culpabilidad y el principio de exigibilidad*, Granada, Comares, 2002, p. 63.

²⁶ *Cfr.*, ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, p. 523.

²⁷ *Cfr.*, FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2003, p. 69.

²⁸ *Cfr.*, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, *Op. Cit.*, p. 424.

²⁹ *Cfr.*, GOLDSCHMIDT, JAMES, *Op. Cit.*, p. 88.

³⁰ *Cfr.*, FRANK, REINHARD, *Op. Cit.*, pp. 43-44.

Si bien la tesis de FRANK fue psicologizada en sus últimos planteamientos, como se anotó, este autor resaltó las insuficiencias de las teorías psicológicas para explicar la culpabilidad y abrió la puerta a los posteriores desarrollos normativos de esta categoría. Es importante destacar también su postura favorable al reconocimiento de supuestos supraleales de no exigibilidad de otra conducta también en los delitos dolosos de acción, al menos *de lege ferenda*.

2.2.2 GOLDSCHMIDT y el papel de las normas en la reprochabilidad

Esta tendencia fue pronto seguida por GOLDSCHMIDT en 1913 y FREUDENTHAL en 1922, quienes intentaron dotar de mayor coherencia al concepto heterogéneo de culpabilidad propuesto por FRANK, aunque en opinión de ZAFFARONI sin mayor éxito³¹.

GOLDSCHMIDT, siguiendo las tesis fundacionales de FRANK, pretendió vincular el concepto de reprochabilidad a la infracción de una implícita “norma de deber”, que caracterizaría la culpabilidad, frente a la infracción de la “norma jurídica” que regula el comportamiento exterior y fundamentaría el injusto³². En opinión de este autor, dicha “norma de deber” impondría a las personas la obligación de adecuar su conducta *interna* de modo tal que se pueda corresponder con las exigencias impuestas por el ordenamiento a su conducta externa³³. El adjetivo “normativo” que se agrega al concepto de culpabilidad, cobra entonces sentido al hablar de la relación entre la conducta del autor y la norma de deber: la norma provee la medida para la valoración³⁴.

No obstante, esta norma podría infringirse sin actuar culpablemente, cuando existiesen causas de exculpación basadas en la idea de inexigibilidad, la cual no sería determinada subjetivamente, sino vinculada a la figura-baremo del hombre medio³⁵. En este orden de

³¹ Cfr., ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, p. 523.

³² Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, Parte general, Op. Cit.*, p. 423

³³ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 796. En este punto discrepa GOLDSCHMIDT de la tesis de Eb. SCHMIDT, en la cual no se hace referencia a dos normas independientes, sino a dos funciones –valoración y determinación– de la misma norma jurídica. Los detalles de esta polémica, más propia de la teoría de las normas, no interesan aquí. Cfr., GOLDSCHMIDT, JAMES, *Op. Cit.*, p. 96.

³⁴ Cfr., DONNA, EDGARDO ALBERTO, “Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa”, prólogo a la obra de GOLDSCHMIDT, JAMES, *Op. Cit.*, p. 13.

³⁵ Cfr., GOLDSCHMIDT, JAMES, *Op. Cit.*, p. 121.

ideas, la culpabilidad para GOLDSCHMIDT consistía en no dejarse motivar por la representación del deber a pesar de su exigibilidad³⁶. Es decir, la culpabilidad es la atribución de una conducta antijurídica a una motivación reprochable³⁷.

La culpabilidad se concreta entonces en la exigibilidad (el *deber* de motivarse por la representación del deber inherente a la norma de derecho) y la no motivación por la representación del deber jurídico pese a la exigibilidad de ello³⁸. Aclara GOLDSCHMIDT que antes de establecer la exigibilidad, ha de verificarse su presupuesto: el *poder*, el cual se da cuando hay un significado conocido o cognoscible, es decir, dolo o culpa y motivación normal. Esta motivación normal sería la base de las “normas de autoconservación”, de las cuales surge la limitación a la exigibilidad y en consecuencia a la reprochabilidad³⁹.

De la no exigibilidad se deriva la exculpación en los casos de motivación anormal, estado de necesidad y exceso en la legítima defensa⁴⁰. De este modo, las causas de exculpación adquieren un fundamento más claro, lo que es el principal logro de GOLDSCHMIDT. Es igualmente notable en la obra de este autor el avance hacia la normativización de la culpabilidad, pues considera a la imputabilidad, el dolo o la culpa, y la motivación normal, como presupuestos de la culpabilidad⁴¹.

La exigibilidad y su consecuencia la reprochabilidad son conceptos graduables: *—cuanto más reprobables fueron los motivos estimuladores al crimen y tanto mas insignificante fue su causa exterior, tanto más exigible era erigir la representación del resultado en contramotivo, y tanto más reprochable es, entonces, la motivación contraria al deber*⁴². En opinión de GOLDSCHMIDT, el grado de censurabilidad de los motivos se

³⁶ Cfr., ROXIN, CLAUDIUS, *Op. Cit.*, p. 796.

³⁷ Cfr., GOLDSCHMIDT, JAMES, *Op. Cit.*, p. 104.

³⁸ Cfr., NÚÑEZ, RICARDO CAYETANO, “Bosquejo de la culpabilidad”, introducción a la obra de GOLDSCHMIDT, JAMES, *Op. Cit.*, p. 65.

³⁹ Cfr., GOLDSCHMIDT, JAMES, *Op. Cit.*, pp. 105-106.

⁴⁰ Debe aclararse sin embargo, que en Colombia, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, el exceso en la legítima defensa no es impune.

⁴¹ Cfr., DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Op. Cit.*, p. 23.

⁴² GOLDSCHMIDT, JAMES, *Op. Cit.*, p. 138.

determina de acuerdo con criterios ético-sociales, mientras que la medida de insignificancia de la causa exterior se asocia al criterio objetivo del hombre medio⁴³.

Como puede apreciarse, se trata de una variante ético-individualizadora, que fue incluso más desarrollada por TARNOWSKI, discípulo de GOLDSCHMIDT⁴⁴, y posteriormente en otras propuestas se llegó a extremos como la culpabilidad por la conducción de vida, que claramente se ubicaban en el terreno del Derecho penal de autor⁴⁵. Sobre estas tesis se vertieron posteriormente numerosas críticas, debido a que se consideraba inadmisibles el escrutinio de la conciencia del autor en el juicio de culpabilidad. Este aspecto fue especialmente objetado en el ámbito colombiano por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, como se verá más adelante⁴⁶.

2.2.3 FREUDENTHAL y la no exigibilidad supralegal

El tercer autor que jalonó el desarrollo del concepto normativo de culpabilidad es FREUDENTHAL. Como lo hiciera FRANK en su momento, parte también de la perspectiva del lenguaje común, señalando que la atribución de culpabilidad no debe estar demasiado alejada de las que se dan en la cotidianidad⁴⁷. El juicio de exigibilidad pretende establecer la medida de lo que puede esperarse del sujeto dadas las circunstancias en las que obró. Si se entiende que otra persona hubiese actuado del mismo modo en que lo hizo el autor, se arriba a la conclusión que el sujeto nada podía hacer y deberá prescindirse de la pena⁴⁸.

⁴³ Es decir, con qué facilidad un hombre medio se hubiese formado la voluntad de cometer el hecho. Aunque señala también otros criterios que influyen en esta graduación, *Cfr.*, GOLDSCHMIDT, JAMES, *Op. Cit.*, p. 138.

⁴⁴ *Cfr.*, AGUADO CORREA, TERESA, *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, Granada, Comares, 2004, p. 15, n. 54.

⁴⁵ *Cfr.*, ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, pp. 524-525; *Cfr.*, FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2009, p. 496.

⁴⁶ *Vid., Infra.*, 3.2.

⁴⁷ *Cfr.*, FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Op. Cit.*, p. 63. La obra de FREUDENTHAL ha sido calificada como “trabajo de guerra” más que estudio académico en atención a su aguda crítica social, *Cfr.*, AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, pp. 1-3, 9, n. 22.

⁴⁸ *Cfr.*, FERNÁNDEZ, GONZALO DANIEL, “Culpabilidad normativa y exigibilidad” estudio preliminar a la obra de FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Op. Cit.*, p. 29.

En sus planteamientos, la inexigibilidad se erige en causa general supralegal de exclusión de la culpabilidad, que se presentaría cuando fuese necesario para no cometer el delito, un grado de capacidad de resistencia tal que no pudiese exigirse a nadie⁴⁹. A esta conclusión llega FREUDENTHAL tras constatar que el estado de necesidad abarca sólo una reducida fracción de los casos en los que la evitabilidad y la reprochabilidad del hecho se suprimen. Así las cosas, considera que el ordenamiento que sólo reconociera el estado de necesidad sería defectuoso, en la medida en que podría conducir al castigo de inculpables (según la concepción cultural del pueblo)⁵⁰. De ahí que a este autor, ACHENBACH le reconozca el mérito de haber introducido la idea de exigibilidad como elemento autónomo de la culpabilidad⁵¹.

La idea de una inexigibilidad supralegal se sostiene en la actualidad, y desde entonces por la gran mayoría de la doctrina para los delitos imprudentes y omisivos, pero no frente a los delitos dolosos de acción como lo sostuvo FREUDENTHAL⁵², pues se critica su inseguridad jurídica⁵³. En esta línea y con posterioridad a la obra de FREUDENTHAL, vale la pena resaltar los planteamientos de HENKEL, quien fue más allá y elevó la inexigibilidad a la categoría de principio regulativo general del Derecho penal⁵⁴.

⁴⁹ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 796. También Cfr., FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Op. Cit.*, p. 72

⁵⁰ A lo que se suma el hecho de que frecuentemente se le considera una causa de justificación. Cfr., FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Op. Cit.*, pp. 65, 75, 85.

⁵¹ Cfr., FERNÁNDEZ, GONZALO DANIEL, “Culpabilidad normativa y exigibilidad”, *Op. Cit.*, p. 24.

⁵² Al respecto, sostiene este autor que la definición legal del dolo no excluye la posibilidad de tomar en consideración la exigibilidad. Por ello se opone al concepto tradicional de dolo, desprovisto de elementos normativos, que califica de formal y exangüe. Igualmente, expone un argumento *a maiore ad minus*: considera que lo que vale para la culpa –forma menos grave de culpabilidad– debería valer para el dolo. Por último, señala que de aceptarse la tesis contraria, debería restringirse también el alcance el estado de necesidad a los delitos culposos. Cfr., FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Op. Cit.*, pp. 72-73, 75-77, 83-86.

⁵³ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 796. También, Cfr. WELZEL, HANS, *El nuevo sistema del Derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2002, pp. 195 ss.

⁵⁴ HENKEL, HEINRICH, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, Buenos Aires, B de F, 2005. A diferencia de un principio normativo, uno regulativo no tiene contenido valorativo y es completamente neutro, limitándose a ser una —*indicación de regreso a un suceso de la vida, a partir del cual el juez debe desarrollar la norma de decisión*—. No obstante, se le ha criticado a esta propuesta que renuncia a la igualdad de tratamiento (por no cumplirse con postulado de generalización de las decisiones jurídicas ni con el de fundamentación de las mismas, en cuanto no se basan en razonamientos deductivos), y por lo tanto a la seguridad jurídica, Cfr., AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, pp. 28-30. En esta obra puede encontrarse de todos modos un análisis del principio de culpabilidad en las diversas categorías de la teoría del delito como lo pretendía HENKEL, aunque se le critique a esta postura por autores como SÁINZ CANTERO que —*saca, a nuestro juicio a la exigibilidad de su verdadero campo haciéndola perder importancia a cambio de concederle una función más amplia*—, SÁINZ CANTERO, JOSÉ ANTONIO, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Granada, Universidad de Granada, 1965, p. 64, citado en: AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, p. 60, n. 207.

Para FREUDENTHAL, la reprochabilidad es el núcleo de la culpabilidad, y consiste en el juicio de reproche que puede formularse al autor cuando pudo y debió haber desplegado otra conducta o cuando la representación del resultado típico pudo y debió haber sido atendida por éste como un contramotivo⁵⁵. En presencia de una causa de exculpación, para este autor falta ante todo un *poder* más que el *deber*, y parece pesar más el carácter individualizado del juicio de reproche⁵⁶, lo que eventualmente terminó siendo una tesis con una acogida minoritaria⁵⁷.

FREUDENTHAL, de manera contraria a lo sostenido por FRANK, consideraba las circunstancias concomitantes, no como elementos separados del dolo y la culpa, sino como componentes de éstos⁵⁸. El elemento de la exigibilidad, que subyace a las circunstancias concomitantes, es derivado por este autor de la máxima civilista *impossibilium nulla est obligatio* que a su juicio —descansa en la más honda naturaleza de las cosas—⁵⁹, y que se concreta en la fórmula del poder obrar de otro modo⁶⁰.

Como se vio, se trata de un concepto psicológico-normativo de culpabilidad, pues todavía se consideraba la relación psíquica entre el autor y el resultado típico como un elemento fundamental de dicha categoría⁶¹. Pese a ello, el dolo y la culpa dejan de ser especies de culpabilidad, pues se entiende que ésta es un concepto complejo conformado también por otros elementos. Puede evidenciarse entonces la influencia del neokantismo y su perspectiva teleológica-material, que condujo a asentar la teoría del delito sobre el binomio lesividad (en el injusto) y reprochabilidad (en la culpabilidad)⁶².

⁵⁵ Cfr., ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, p. 523. La tesis del contramotivo ya había sido sostenido en el pasado por M. E. MAYER, Cfr., FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Op. Cit.*, p. 69.

⁵⁶ Cfr., FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Op. Cit.*, pp. 72-73. Resalta más la importancia del *deber*, GOLDSCHMIDT. Este autor considera que la exigibilidad es un *deber*, aunque el mismo presuponga desde luego un *poder*, Cfr., GOLDSCHMIDT, JAMES, *Op. Cit.*, pp. 90, 105.

⁵⁷ Posteriormente se impuso la tesis de MEZGER y de Eb. SCHMIDT, que atiende al comportamiento alternativo determinado de acuerdo con la hipotética actuación de un hombre medio. Cfr., FERNÁNDEZ, GONZALO DANIEL, “Culpabilidad normativa y exigibilidad”, *Op. Cit.*, p. 32. Sobre las objeciones que se han dirigido al criterio subjetivo, Cfr., AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, pp. 64-67.

⁵⁸ Cfr., DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Op. Cit.*, p. 25.

⁵⁹ FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Op. Cit.*, p. 98.

⁶⁰ Cfr., FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Op. Cit.*, p. 100.

⁶¹ Cfr., WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán, parte general*, *Op. Cit.*, p. 151.

⁶² Cfr., FERNÁNDEZ, GONZALO DANIEL, “La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad”, estudio preliminar a la obra de FRANK, REINHARD, *Op. Cit.*, p. 22.

La teoría de FREUDENTHAL sobre la inexigibilidad supralegal no gozó de gran aceptación en Alemania, siendo rápidamente rechazada por la mayoría de la doctrina, hasta el punto que se le consideró una especie de “estrella fugaz” en el panorama dogmático⁶³. No obstante, los planteamientos del autor alemán si tuvieron mayor influencia allende las fronteras de su país, como ocurrió en Colombia y tendrá oportunidad de exponerse más adelante⁶⁴.

Por último, vale la pena poner de presente que la concepción psicológico-normativa de la culpabilidad encontró en MEZGER su principal difusor en el ámbito español y latinoamericano⁶⁵, autor que definía la culpabilidad, ya no como un dato psicológico, sino como una *—situación de hecho valorizada normativamente—*⁶⁶.

Bajo esta concepción, la expresión “principio de culpabilidad” ya no coincidía como antes con la categoría de la culpabilidad, debido a los primeros planteamientos sobre la no exigibilidad de otra conducta. Aun así, todavía tenía algún sentido que el principio se refiriera a la exigencia de responsabilidad subjetiva, en la medida en que el dolo y la culpa continuaban estudiándose en el marco de la culpabilidad.

2.3 CONCEPTO FINALISTA Y SU NOCIÓN PREPONDERANTEMENTE NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

El modelo neoclásico, que como pudo verse era objeto de una acusada tensión sistemática, cede luego su lugar al sistema finalista. Debe aclararse, sin embargo, que ya con anterioridad GRAF ZU DOHNA había anticipado los cambios en el sistema, al efectuar la distinción entre valoración del objeto y objeto de valoración, y reservando

⁶³ Cfr., DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Op. Cit.*, p. 26.

⁶⁴ *Vid., Infra*, 3.2.

⁶⁵ Cfr., DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Op. Cit.*, p. 27. En igual sentido, Cfr., CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL FERNANDO, “Algunas reflexiones sobre el fundamento de la culpabilidad”, en: *Derecho penal y criminología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1989, pp. 75-93, p. 80.

⁶⁶ NÚÑEZ, RICARDO CAYETANO, *Op. Cit.*, p. 73.

para la culpabilidad el papel de valoración de un hecho (injusto) que debía incluir ya el aspecto subjetivo (el dolo o la culpa)⁶⁷.

La sistemática finalista recogió estos planteamientos, y asignó al dolo un lugar en el injusto, por cuanto la acción final recogida en el tipo penal debía abarcar necesariamente el dolo⁶⁸. Sin embargo, se trataba de un concepto de dolo avalorado, puesto que la posibilidad de conocimiento de la ilicitud de la conducta se independizó para convertirse en un elemento autónomo de la culpabilidad⁶⁹. De esta manera se rompió definitivamente con el esquema objetivo-subjetivo que caracterizó al concepto clásico de delito y se abrió paso una concepción homogénea, puramente normativa, de la culpabilidad⁷⁰.

A medio camino entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, el finalismo planteó la existencia de “estructuras lógico-objetivas” o “lógico-reales”, las cuales se erigen en categorías *a priori*. Así, el objeto de la teoría del delito determinaría también el método dogmático, proporcionándole perspectivas permanentes e inmutables⁷¹. Se afirma el carácter objetivo de dichas estructuras puesto que una vez conocidas, su existencia no se ve afectada por su aceptación o rechazo posterior. En segundo lugar, se consideran

⁶⁷ Cfr., WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán, parte general*, Op. Cit., p. 151. Si bien la doctrina de la acción finalista ya no goza de gran aceptación, se ha conservado la ubicación sistemática del dolo en la culpabilidad, por razones diferentes al argumento de la acción final expuesto por tal corriente. Por ejemplo, ROXIN considera que existen las siguientes cuatro razones que explican la pertenencia del dolo al tipo subjetivo: i) el tipo tiene el propósito de recoger el contenido de merecimiento de pena en una fórmula típica, y el dolo es un elemento esencial para perfilar el tipo delictivo; ii) la tentativa, cuyo estudio se efectúa en sede de tipicidad, presupone el dolo, pues éste es un elemento fundamental para decidir a dónde iba dirigida la conducta del agente; iii) la mayor parte de las conductas típicas son descritas en la ley de modo final, de suerte que los elementos subjetivos no pueden eliminarse de la descripción típica; iv) los elementos subjetivos especiales, cuya ubicación en la tipicidad es indiscutida, presuponen ya el dolo. Cfr. ROXIN, Op. Cit., pp. 308 ss.

⁶⁸ Cfr. AGUDELO, NÓDIER, *Curso de Derecho penal*, 4º Ed., Medellín, Nuevo Foro, 2011, p. 113.

⁶⁹ GRAF ZU DOHNA indicaba a este respecto que el dolo requiere conocimiento del “objeto de valoración” (elementos del tipo), pero no de la “valoración del objeto” (conciencia de la antijuridicidad). Cfr., AGUDELO, NÓDIER, Op. Cit., p. 93. LUZÓN PEÑA justifica esto con el siguiente argumento: si el dolo es requisito de la antijuridicidad, ésta existiría independientemente de que el sujeto tenga conocimiento de ella (pues de lo contrario se presentaría un razonamiento circular: la antijuridicidad requiere el dolo, y este requiere a su vez conciencia de la antijuridicidad, pero ésta requiere a su vez el dolo). Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Curso de Derecho penal. Parte General*, Madrid, Universitas, 1996, p. 406.

⁷⁰ Cfr., ROXIN, CLAUS, Op. Cit., pp. 796-797

⁷¹ Cfr. ROXIN, CLAUS, Op. Cit., p. 201.

lógicas, toda vez que *—su inobservancia trae aparejada contradicción interna y falta de unidad del orden jurídico*”⁷².

Para la doctrina finalista, la reprochabilidad es el elemento normativo constitutivo de la culpabilidad⁷³. La culpabilidad estaría entonces compuesta por los siguientes elementos, necesarios para que el autor hubiese podido formarse una voluntad conforme a Derecho: i) la imputabilidad; ii) la posibilidad de conocimiento de la ilicitud; y iii) la exigibilidad de una conducta conforme a Derecho⁷⁴. Este último elemento aparece de forma negativa, pues en presencia de circunstancias excepcionales que afecten en gran medida la motivación para actuar como lo ordena la norma, puede morigerar o dispensar el juicio de reproche, aunque el mismo ya esté completo con los dos primeros elementos⁷⁵. Como puede observarse, en los últimos dos elementos se trata de los mismos que conforman la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), sólo que en este caso se presentan en relación con el hecho concreto (posibilidad del autor de conocer la ilicitud de su conducta y de determinarse de acuerdo con tal comprensión)⁷⁶.

Para WELZEL, hay lugar a formular el juicio de reproche personal cuando el sujeto no domina sus impulsos contrarios a Derecho y se forma una voluntad antijurídica, estando en capacidad de hacer lo contrario y debiendo haberlo hecho⁷⁷. Esto no se determina en un sentido abstracto, sino concretamente: que *“ese hombre, en esa situación hubiera podido formar su decisión de voluntad en forma adecuada a la norma”*⁷⁸. No obstante, el parámetro para la valoración no es uno subjetivo-individual, sino que se trata de una valoración objetiva por parte del ordenamiento jurídico, que es susceptible de graduación⁷⁹.

⁷² VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general*, Medellín, Comlibros, 2009, p. 376.

⁷³ Cfr., WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán, parte general*, Op. Cit., p. 151.

⁷⁴ Cfr., ROXIN, CLAUS, Op. Cit., pp. 796-797.

⁷⁵ Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II.*, Madrid, Trotta, 1999, p. 348.

⁷⁶ Cfr., DONNA, EDGARDO ALBERTO, Op. Cit., p. 39.

⁷⁷ Cfr., DONNA, EDGARDO ALBERTO, Op. Cit., p. 36.

⁷⁸ Cfr., WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán, parte general*, Op. Cit., p. 153.

⁷⁹ Cfr., WELZEL, HANS, *El nuevo sistema del Derecho penal*, Op. Cit., p. 127, 195.

Desde luego, la premisa básica en que se funda este juicio de reproche es el libre albedrío⁸⁰, pues considera WELZEL que todos los objetivos humanos provienen de la esfera baja de los impulsos vitales, pero pasan por el filtro de la función de la dirección de la voluntad, dirigida por el sentido y el valor, permitiéndole al hombre la regulación de sus instintos⁸¹.

El carácter específico del reproche en que consiste la culpabilidad está estrechamente ligado al libre albedrío, que a su vez se soporta en la estructura lógico objetiva de la acción final⁸²: *—el no deber ser antijurídica por poder ser jurídica*”⁸³. Así las cosas, la libertad de poder obrar conforme a sentido que fundamenta la culpabilidad como juicio de reproche se erige también en una estructura lógico-objetiva, con la trascendencia que se anotó anteriormente⁸⁴.

Este carácter de estructura lógico-objetiva reconocido a la no exigibilidad de otra conducta, sumado a la profundización del proceso de normativización de la culpabilidad son los dos puntos fundamentales de los planteamientos de WELZEL. Pero merece además comentarse el sólido fundamento que encontró la categoría de la culpabilidad en la defensa del libre albedrío llevada a cabo por el autor.

En la exposición anterior puede apreciarse como el proceso de normativización de la culpabilidad que el finalismo profundizó, llevó a que el principio de culpabilidad y la categoría dogmática del mismo nombre dejaran de coincidir al no tener el mismo referente común. La exigibilidad de una conducta conforme a Derecho cobra protagonismo en la culpabilidad, mientras que el dolo y la culpa pasan a ser un problema ajeno a esta categoría.

⁸⁰ Cfr., WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán, parte general, Op. Cit.*, p. 155. El indeterminismo había cimentado también las construcciones anteriores, lo que se evidencia claramente en Cfr., FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Op. Cit.*, Buenos Aires, B de F, 2003, p. 71. Además, así lo sostiene LUZÓN PEÑA frente a la concepción psicológica, Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, en: *InDret*, Barcelona, 2011, p. 5.

⁸¹ Cfr., WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán, parte general, Op. Cit.*, p. 157 ss.

⁸² Cfr., WELZEL, HANS, *El nuevo sistema del Derecho penal, Op. Cit.*, pp. 137 ss.

⁸³ WELZEL, HANS, *El nuevo sistema del Derecho penal, Op. Cit.*, p. 126.

⁸⁴ Cfr., WELZEL, HANS, *El nuevo sistema del Derecho penal, Op. Cit.*, p. 143. También Cfr. VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, p. 378; y SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, Temis, 1996, p. 40.

2.4 EL CONCEPTO FUNCIONALISTA

Con posterioridad a los planteamientos de la doctrina finalista, surgió la corriente del funcionalismo en el Derecho penal, que pretendió conectar las categorías de la teoría del delito con fines político-criminales y especialmente con las doctrinas de justificación de la pena⁸⁵. De esta orientación, se expondrán sucintamente los desarrollos de sus más representativos expositores: ROXIN y JAKOBS. Posteriormente⁸⁶ se tendrá la oportunidad de profundizar un poco más en las ideas de otros dos autores que sostienen ideas similares: SCHÜNEMANN y GIMBERNAT.

2.4.1 La postura moderada de ROXIN

En la obra de ROXIN, la tradicional categoría de la culpabilidad es objeto de una ampliación y se transforma en “responsabilidad” al acoger consideraciones relativas a la necesidad preventiva (general o especial) de la sanción penal⁸⁷. Así, culpabilidad y necesidad de pena, son entendidas como condiciones que sólo conjuntamente dan lugar a la imposición de la pena, lo que significaría un mayor grado de protección⁸⁸.

La responsabilidad no es, sin embargo, un “puro juicio de valor”, pues debe distinguirse entre el supuesto de hecho de la responsabilidad y el juicio de responsabilidad, que juntos conforman la unidad de la “acción responsable”⁸⁹. El supuesto de hecho de la responsabilidad en sentido estricto incluye todavía, junto a los elementos objetivos, unos subjetivos, como la constitución psíquica del sujeto, su conocimiento real o

⁸⁵ *Cfr.*, ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 203.

⁸⁶ *Vid.*, *Infra*, 4.2.

⁸⁷ *Cfr.*, ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 204. La tesis de ROXIN ha experimentado algunas modificaciones desde sus primeras formulaciones. Una explicación de ellas puede encontrarse en *Cfr.*, PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, pp. 191 ss.

⁸⁸ *Cfr.*, ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, pp. 793, 797. Un análisis cuidadoso de los planteamientos de ROXIN lo realiza PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, pp. 197-204.

⁸⁹ Lo mismo vale para las concepciones normativas anteriores, pues el puro juicio de valor es la reprochabilidad (juicio de reproche), como se puede observar claramente en *Cfr.*, WELZEL, HANS, *El nuevo sistema del Derecho penal*, *Op. Cit.*, p. 128.

potencial de la antijuridicidad y la ausencia de circunstancias exculpatorias. El supuesto de hecho de la responsabilidad en sentido amplio incluye también el injusto⁹⁰.

Tras hacer un repaso de las propuestas que se han formulado sobre presupuestos materiales de la reprochabilidad, ROXIN expone su postura sobre la culpabilidad en sentido estricto⁹¹. Juzga desacertadas las concepciones normativas de la culpabilidad por ser puramente formales, pues en su opinión, la referencia a la reprochabilidad no aclara los presupuestos materiales en que se funda dicho juicio y las tesis que pretenden haberlos hallado no son satisfactorias⁹². A continuación se resumirán las objeciones formuladas frente a las concepciones que mayor interés revisten para el presente escrito por su difusión o su actualidad: el poder actuar de otro modo y la atribución según necesidades preventivogenerales.

En cuanto a la reprochabilidad entendida como poder actuar de otro modo⁹³, cuyos principales partidarios son WELZEL y ARTHUR KAUFMANN, ataca ROXIN la premisa del libre albedrío en que se basa, por considerarla empíricamente indemostrable. Además, le objeta que aún cuando ello fuese posible en abstracto, no existe ninguna manera para constatar científicamente la posibilidad del sujeto de poder actuar de otro modo al momento de cometer el hecho⁹⁴. En este orden de ideas, la imposibilidad de construir la categoría de culpabilidad sobre esta base debería conducir a la absolución en virtud del principio *in dubio pro reo*⁹⁵.

Cuando el poder actuar de otro modo se evalúa teniendo en cuenta como parámetro, no al autor mismo sino al hombre medio, la concepción sería igualmente criticable, pues en opinión de ROXIN no es admisible desde planteamientos indeterministas formular un

⁹⁰ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, pp. 797-798, 810.

⁹¹ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, pp. 798 ss.

⁹² Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 798.

⁹³ *Vid.*, *Supra*, 2.3.

⁹⁴ Se trata de un argumento recurrente, que se expone en los siguientes términos: —*no se puede repetir experimentalmente exactamente esa circunstancia histórica concreta de ese hombre en el tiempo y en el espacio para comprobar reiteradamente si podía decidir de otro modo, dado que la vez siguiente el sujeto ya no sería exactamente igual, pues tendría la experiencia de la vez anterior y lo sucedido después y las circunstancias no serán idénticas*”, LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 21. A esto se suma la crítica de HASSEMER y otros, en el sentido de que la enfermedad mental no suprime esta libertad de elegir. Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 799.

⁹⁵ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, pp. 799-800

reproche contra un sujeto atendiendo a capacidades que probablemente la mayoría de las personas tendrían, pero que a aquél le faltan⁹⁶.

ROXIN defiende una concepción de la culpabilidad diferente a los anteriores (si bien reconoce sus antecedentes en las tesis de V. LISZT y NOLL⁹⁷) que en su opinión limita efectivamente las puras consideraciones preventivas⁹⁸. Conforme a este planteamiento, existe culpabilidad en sentido estricto cuando el sujeto realiza un comportamiento antijurídico, estando en posibilidad de que le alcanzase el llamado de atención de la norma penal en la situación concreta y teniendo un suficiente grado de autocontrol, de modo tal que le fuese psíquicamente asequible una conducta conforme a Derecho⁹⁹.

Frente al problema del libre albedrío que había servido de base a las construcciones anteriores, ROXIN se declara agnóstico¹⁰⁰. Así, funda su concepción de la culpabilidad en la asequibilidad normativa, fenómeno que sí es susceptible de constatación científica, al estar asociado a las posibles restricciones de la capacidad de autocontrol del individuo¹⁰¹. El libre albedrío se reduce entonces a una *“aserción normativa”* o *“regla social de juego”*¹⁰².

El concepto de culpabilidad así construido no deja por ello de ser adecuado, pues al verificarse que una persona no era motivable por el Derecho, debido a su estado anímico o a una situación excepcional, la aplicación del castigo sería inadecuada e innecesaria para solventar la conmoción producto de la infracción. Lo anterior por cuanto no se espera en general de estas personas que se comporten conforme a Derecho y por tanto no se ve defraudada la expectativa de conducta¹⁰³. En este punto se puede

⁹⁶ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 800.

⁹⁷ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 807.

⁹⁸ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 810.

⁹⁹ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 792. Este planteamiento es muy cercano al de SCHÜNEMANN, con la salvedad que este último sí parte de una afirmación del libre albedrío, *Vid., Infra*, 4.1.

¹⁰⁰ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 808.

¹⁰¹ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 807.

¹⁰² *“(.) cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, se le trata como libre”*, ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 808. Debe aclararse que la postura de ROXIN ha variado desde su primera formulación en la década de los '70. Inicialmente este autor defendía una concepción de la culpabilidad fundada exclusivamente en criterios utilitarios y sólo posteriormente incluyó la culpabilidad en sentido tradicional, Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, p. 325.

¹⁰³ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, pp. 810-811.

observar la cercanía de esta tesis con el modelo de JAKOBS, pero al parecer de ROXIN, es más segura, pues recurre a un concepto científicamente verificable y limita las necesidades preventivas¹⁰⁴.

Agotado este primer filtro de la asequibilidad normativa, entran en juego argumentos preventivos, que pueden eventualmente llevar a excluir la pena. A juicio de ROXIN, la necesidad de pena se deduce de la ley; concretamente de las tradicionales causas de exculpación (que denomina “causas de exclusión de la responsabilidad”), y de la inimputabilidad y el error de prohibición invencible¹⁰⁵. Así, estas figuras encuentran su explicación, no en argumentos de culpabilidad individual como se ha sostenido tradicionalmente, sino desde la reflexión de que en general no es necesario ni adecuado el castigo en estas situaciones excepcionales¹⁰⁶.

La tesis de ROXIN tiene como aspecto positivo el hecho de no renunciar completamente a la culpabilidad, aunque reconduzca gran parte de los elementos de esta categoría a criterios utilitarios. Además de que esta última alternativa resulta en sí bastante criticable, como se explicará más adelante¹⁰⁷, consideramos que merece también algunos reparos el hecho de que el autor alemán no afirme tan enfáticamente como sería deseable la existencia del libre albedrío como presupuesto de la culpabilidad¹⁰⁸. Por otro lado, se parte sin el menor asomo de duda del concepto de prevención, que tal vez sí debería ser probado¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 811.

¹⁰⁵ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 792.

¹⁰⁶ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, pp. 815-816. Una postura similar –que se explicará más adelante, (*Vid., Infra*, 4.2.)– es sostenida por GIMBERNAT, aunque este autor rechaza la categoría de la culpabilidad y propone su sustitución por la “necesidad de pena”. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, en: EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 140-161. Realmente, se trata de la idea defendida por el mismo ROXIN en su anterior escrito “Culpabilidad y responsabilidad”, de 1976 (e incluso antes, desde 1970). Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 11, n. 24, p. 28.

¹⁰⁷ *Vid., Infra*, 4.2.

¹⁰⁸ A diferencia de lo que ocurre con los planteamientos de su discípulo SCHÜNEMANN. Sobre este punto de la teoría de ROXIN se pronuncia ZAFFARONI: *—La falla central de esta tesis es su punto de partida. Si la capacidad de elección del ser humano es una suerte de ficción, un límite artificial creado por el Derecho en la forma de principio regulativo o ficción necesaria, lo cierto es que una ficción no puede tener más límite que el impuesto por ella misma, porque como no abarca una realidad y carece de otro contenido que ella misma, quedaría autosostenido. Además, no es posible medir una ficción, porque se trata de una no realidad*” (énfasis originales del texto), ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, pp. 527-528.

¹⁰⁹ Cfr., ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, p. 530.

2.4.2 JAKOBS y el funcionalismo radical

La teoría de JAKOBS, que se inscribe en la corriente del funcionalismo radical, trata la culpabilidad como una atribución preventivogeneral, es decir, no como una realidad que deba verificarse, sino como una categoría que sólo cobra sentido en función de la idea de prevención general positiva (en el sentido de fidelidad al ordenamiento jurídico) y la constitución de la sociedad que inspira todo su sistema¹¹⁰. La culpabilidad es denominada por este autor como “*infidelidad al Derecho*”¹¹¹, por la cual el autor debe responder.

En palabras de JAKOBS, hay culpabilidad cuando el déficit de disposición del autor a motivarse conforme a la norma *—no se puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general en la norma*”¹¹². Mediante la atribución de culpabilidad y la imposición de la pena, se vería compensada la defraudación de las expectativas de conducta, lo que implica que sólo hay lugar a la exculpación cuando el conflicto con la norma sea asimilable de otro modo, es decir, cuando exista un “*contexto exculpante*”¹¹³. En tal caso la pena no sería necesaria para restaurar dicha confianza¹¹⁴. Por su parte, la imputabilidad es entendida como la capacidad de poner en entredicho la validez de la norma, y se presenta cuando hay alguna anormalidad en los factores que forman el proceso motivatorio en las personas¹¹⁵.

La función de la culpabilidad consistiría en *—caracterizar la motivación no conforme a Derecho del autor como motivo del conflicto*”¹¹⁶, posibilitando y haciendo necesaria entonces la punición para estabilizar el ordenamiento jurídico. Así, se comprende como JAKOBS defiende la atribución de culpabilidad aún frente a los delincuentes habituales, pues la sociedad no puede tolerar o tratar con indulgencia esta clase de

¹¹⁰ Cfr., JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal, Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 567, 584.

¹¹¹ JAKOBS, GÜNTHER, *Op. Cit.*, p. 566.

¹¹² JAKOBS, GÜNTHER, *Op. Cit.*, p. 566.

¹¹³ JAKOBS, GÜNTHER, *Op. Cit.*, p. 567.

¹¹⁴ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 805.

¹¹⁵ *—Es imputable una persona definible como igual*”, JAKOBS, GÜNTHER, *Op. Cit.*, p. 598.

¹¹⁶ JAKOBS, GÜNTHER, *Op. Cit.*, p. 579.

comportamientos¹¹⁷. Para determinar la culpabilidad, han de tenerse en cuenta dos factores¹¹⁸: las presiones sociales que se le pueden achacar al autor y las cualidades perturbadoras del autor que deben ser soportadas por terceros¹¹⁹.

El problema de la existencia del libre albedrío es considerado como “irrelevante”¹²⁰ por este autor, en tanto que para la atribución de responsabilidad no hay alternativa para mantener el orden. El libre albedrío sería necesario exclusivamente para el propósito de lograr una desvaloración del individuo (reprochabilidad), lo que no interesa a efectos del fin preventivo que propugna JAKOBS¹²¹. La cuestión no es entonces si el autor tenía una posibilidad de actuar de otro modo, sino si es posible otra alternativa de organización social preferible; si la respuesta es negativa, —*se le asigna al autor una alternativa de comportamiento, y se le reprocha que no la haya utilizado*—¹²². Como puede apreciarse, el hecho de que JAKOBS conserve el rótulo “culpabilidad” para esta categoría, no impide reconocer que se trata de una concepción puramente utilitarista, que dista mucho de las construcciones normativas basadas en la reprochabilidad¹²³.

Considera ROXIN, y en la siguiente valoración coincidimos con dicho autor, que la tesis de JAKOBS no está en capacidad de cumplir con la función de límite propia del principio de culpabilidad, en tanto desconoce completamente las circunstancias del individuo concreto, subordinándolo por entero a intereses sociales. Ello supondría una instrumentalización del individuo constitucionalmente inadmisibles¹²⁴.

¹¹⁷ Cfr., JAKOBS, GÜNTHER, *Op. Cit.*, pp. 587-588.

¹¹⁸ Cfr., JAKOBS, GÜNTHER, *Op. Cit.*, pp. 582-583.

¹¹⁹ En palabras de PÉREZ MANZANO, para este autor esto implica —*un reparto de competencias, o dicho de otro modo, determinar la culpabilidad es determinar a quién le incumbe llevar la carga de la solución del conflicto, aislando al autor como condición del hecho frustrante y trasladando el conflicto desde el ordenamiento a un subsistema; en definitiva, se reparte responsabilidad entre subsistemas*—, PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Culpabilidad y prevención*, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986, p. 162.

¹²⁰ JAKOBS, GÜNTHER, *Op. Cit.*, p. 584.

¹²¹ Cfr., JAKOBS, GÜNTHER, *Op. Cit.*, p. 585.

¹²² JAKOBS, GÜNTHER, *Op. Cit.*, p. 585.

¹²³ Cfr., ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, p. 523; Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 9. Una explicación muy completa de los planteamientos de JAKOBS sobre el fundamento de los elementos de la culpabilidad puede hallarse en PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, pp. 163-168.

¹²⁴ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 806. Se trata de una crítica recurrente a las construcciones teóricas de JAKOBS, a la cual él replica que simplemente describe el funcionamiento del sistema social. No obstante, acertadamente sostiene SCHÜNEMANN: —*lafecundidad del razonamiento de la teoría de los sistemas se limitará, a corto plazo, a una crítica ideológica, esto es, a poner de manifiesto el sustrato y las*

Por lo demás, se estima que no ofrece JAKOBS criterios precisos para establecer, no sólo lo que sería necesario para restablecer la confianza en la vigencia de la norma, sino también cuándo un conflicto puede ser asimilado de otro modo¹²⁵. Lo anterior implicaría sumir a la culpabilidad en un preocupante estado de indeterminación. Finalmente, señala ROXIN que probablemente es contraproducente para el fin de la prevención general positiva supeditar la imposición de la pena (al menos en cuanto a la culpabilidad se refiere) a factores que le son completamente ajenos al individuo¹²⁶.

Como puede verse, el funcionalismo conserva la posición sistemática del dolo y la culpa defendida por el finalismo, de tal modo que al menos es claro que la exigencia de responsabilidad subjetiva parecería constituir una garantía diferente al principio de culpabilidad. Pese a ello, el contenido de la culpabilidad sí experimenta algunas transformaciones en relación con el concepto finalista debido a las consideraciones utilitarias que el funcionalismo propone tomar en consideración.

2.5 CONCLUSIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA CULPABILIDAD

Como puede observarse en la exposición que se hizo del concepto clásico de culpabilidad¹²⁷, esta categoría se agotaba en la existencia de un ligamen psicológico

necesarias implicaciones de un sistema dado. En la práctica, por tal motivo, un principio normativo derivado de la teoría de los sistemas acaba cayendo en una apología del sistema de que se trata en cada caso (...)", SCHÜNEMANN, BERND, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo", en: EL MISMO (comp.), *El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 167. También, en un sentido similar, BARATTA plantea incluso lúcidas críticas desde el punto de vista *interno* de estas construcciones teóricas, como el hecho de que justifica la cifra negra de la criminalidad en la medida en que sólo se erosiona la confianza en la norma si el delito es conocido, BARATTA, ALESSANDRO, "Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en: *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, B de F, 2004, pp. 16-19. PÉREZ MANZANO formula como críticas su formalismo (su inutilidad como límite), conservadurismo y dudosa base ética, *Cfr.*, PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, pp. 169-172.

¹²⁵ *Cfr.*, ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 806. En el mismo sentido, *Cfr.*, SCHÜNEMANN, BERND, *Op. Cit.*, p. 167; PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, pp. 172-174.

¹²⁶ *Cfr.*, ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 807.

¹²⁷ *Vid.*, *Supra* 2.1.

entre el autor y el hecho. El hecho de que la categoría de culpabilidad tuviera como núcleo el dolo y la culpa explica que el contenido del principio de culpabilidad claramente coincidiera con la exigencia de dolo o culpa y por tanto con la proscripción de la responsabilidad objetiva.

Con el paso a las concepciones normativas de la culpabilidad, esta categoría terminó haciendo referencia a la exigibilidad de otra conducta. Con ello, el sentido tradicional del principio ya no concordaba con el contenido del concepto, toda vez que la exigencia de dolo o culpa era una cuestión que se trasladó al ámbito del injusto penal¹²⁸.

Pese a lo anterior, se evidencia en la doctrina un uso poco consistente de la expresión “principio de culpabilidad”, cuyos sentidos van desde la mencionada responsabilidad subjetiva, hasta la presunción de inocencia, pasando por la responsabilidad personal, y proporcionalidad con la culpabilidad como criterio de tasación de la pena, como lo ha puesto de relieve BORJA JIMÉNEZ¹²⁹. En el capítulo siguiente se abordará el desarrollo de la temática en Colombia, ámbito en el que es especialmente notoria la ambigüedad a que se hizo alusión.

¹²⁸ *Vid., Supra* 2.3.

¹²⁹ BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, “Algunas reflexiones a raíz de la nueva formulación del principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal español de 1992”, en: *Nuevo Foro Penal*, N. 57, Medellín, Temis, 1992, pp. 349-366.

3. PRINCIPIO Y CONCEPTO DE CULPABILIDAD: SU DESARROLLO EN COLOMBIA

En el presente capítulo se estudiará el sentido que se ha dado en la doctrina colombiana a la expresión “principio de culpabilidad” al igual que el contenido que se le asigna a la categoría dogmática del mismo nombre. El orden de la exposición viene dado en este caso por los códigos penales que han regido en el país, comenzando con el Código Penal de 1936 hasta el vigente en la actualidad.

Con posterioridad a dicha exposición, se propone una clasificación convencional sobre los sentidos que en la doctrina se dan al principio de culpabilidad, con el único fin de lograr una mayor claridad terminológica antes de continuar con el siguiente capítulo.

3.1 EL DESARROLLO DE LA CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD Y LA COMPRENSIÓN DEL PRINCIPIO EN COLOMBIA

3.1.1 El estado de la doctrina en vigencia del Código de 1936

En un artículo publicado en el año 1970 sobre la culpabilidad, ESTRADA VÉLEZ examina las concepciones psicológicas, psicológico-normativas y normativas de la culpabilidad en la doctrina alemana¹³⁰. Abordando luego el análisis de la culpabilidad en el Código Penal colombiano de 1936, sostiene que *—la sistematización legislativa en nuestro Código es oscura y que esa circunstancia ha hecho que los autores no hayan podido construir una teoría de la culpabilidad—*, refiriéndose a un *—caos doctrinario—*¹³¹.

¹³⁰ ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, “La culpabilidad penal”, en: *Temas de Derecho penal colombiano*, N. 5, Medellín, Pequeño Foro, 1970, pp. 48-56.

¹³¹ ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, “La culpabilidad penal”, *Op. Cit.*, p. 52. CÓRDOBA ANGULO, en un artículo de 1989, que se estudiará más adelante, sostiene que con anterioridad a 1963, no aparece mencionada la palabra “culpabilidad” en los trabajos de Derecho penal publicados en el país. *Cfr.*, CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL FERNANDO, *Op. Cit.*, p. 75.

A continuación, este autor expone el estado de la doctrina nacional sobre el tema de la culpabilidad. Comienza con PÉREZ, quien al parecer reduce primero la culpabilidad a la imputabilidad, pero luego afirma que para los redactores del Código la culpabilidad incluye *—las formas de actividad mental en el delito—*¹³². No obstante, a juicio de ESTRADA VÉLEZ, PÉREZ posteriormente parece contradecirse cuando cita a LOZANO, para quien los inimputables responden legalmente, sin que se indague en ellos la existencia de procesos dolosos o culposos¹³³.

Concluye que LOZANO no trata el problema de la culpabilidad como tal, pues estudia el dolo y la culpa independientemente y sólo considera como problema fundamental del Derecho penal la imputabilidad y la responsabilidad¹³⁴. En cuanto a MESA VELÁSQUEZ, considera que trata muy brevemente la culpabilidad y coincide básicamente con los planteamientos del concepto psicológico¹³⁵. Lo mismo ocurre con GAITÁN MAHECHA, aunque éste trate de otro modo a los inimputables, al considerar que la medida de seguridad no comporta una sanción y que no tiene sentido hablar de “responsabilidad legal”¹³⁶.

El diagnóstico que realiza ESTRADA VÉLEZ sobre el tratamiento del tema en la doctrina nacional es desalentador: *—A nuestro modo de ver todas estas fragmentarias visiones del problema de la culpabilidad en el Derecho colombiano son sustancialmente equivocadas. (...) Es evidente que entre nosotros existe una gran confusión doctrinaria en torno a nociones y conceptos contenidos en el Código Penal, y que son básicos para la elaboración de una teoría del delito—*¹³⁷.

Este autor sostiene que en el Código Penal de 1936 se consagró un concepto de culpabilidad que se agota en el puro vínculo psicológico, sin rasgos normativos, y que la imputabilidad no guarda ninguna relación con la culpabilidad, siendo simplemente el

¹³² ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, “La culpabilidad penal”, *Op. Cit.*, p. 52.

¹³³ *Cfr.* ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, “La culpabilidad penal”, *Op. Cit.*, p. 52.

¹³⁴ *Cfr.* ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, “La culpabilidad penal”, *Op. Cit.*, p. 52.

¹³⁵ *Cfr.* ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, “La culpabilidad penal”, *Op. Cit.*, p. 52.

¹³⁶ *Cfr.* ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, “La culpabilidad penal”, *Op. Cit.*, pp. 52-53.

¹³⁷ ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, “La culpabilidad penal”, *Op. Cit.*, p. 53.

estado de sanidad mental del autor, en virtud del cual puede imponérsele la pena¹³⁸. En este punto coincide con las tesis de REYES ECHANDÍA y BERNAL PINZÓN¹³⁹.

ROMERO SOTO, un autor que no es citado por ESTRADA VÉLEZ en su artículo de 1970, sí había explicado de modo claro, un año antes, la evolución del concepto de culpabilidad en la moderna dogmática, y consideraba que era posible interpretar el Código Penal de 1936 desde la teoría psicológico-normativa de la culpabilidad, que defendía¹⁴⁰. En palabras de este autor: *—puede afirmarse que el fundamento de la culpabilidad en nuestro Derecho es de carácter normativo y con un substrato psicológico. Pero este último varía según se trate de anormales o menores, por un lado, y de normales adultos, por el otro. En estos últimos la culpabilidad tiene un elemento más, que es la exigibilidad de determinada conducta posible*”¹⁴¹.

Llama la atención por lo novedoso, el hecho de que ROMERO SOTO dedique un capítulo de su obra a lo que denomina “causas supralegales de inculpabilidad”¹⁴². En éste, sigue muy de cerca el desarrollo de la discusión europea al respecto, para concluir sentando una postura moderada: *—En nuestra opinión, resulta peligrosa la multiplicidad de las causas supralegales de inculpabilidad, y arriesgado su manejo. Pero no por ello deben cerrarse por completo las puertas a esta corriente vivificadora del Derecho, que viene a darle aliento y a remozarlo permitiéndole un mayor y más directo contacto con la existencia social*”¹⁴³. Acepta entonces tal causal supralegal de no exigibilidad sólo en los delitos culposos, a tono con la doctrina mayoritaria alemana¹⁴⁴. Lamentablemente, la obra de ROMERO SOTO no alcanzó una segunda edición, por lo que no sabemos cómo varió su pensamiento en vigencia del Código Penal de 1980.

Como puede observarse, por aquél entonces la doctrina parecía acoger un concepto exclusivamente psicológico de culpabilidad —excepción hecha de ROMERO SOTO—, y el

¹³⁸ Cfr. ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, “La culpabilidad penal”, *Op. Cit.*, p. 54.

¹³⁹ Cfr. ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, “La culpabilidad penal”, *Op. Cit.*, pp. 55-56.

¹⁴⁰ Cfr. ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Derecho penal, Parte general, V. II.*, Bogotá, Temis, 1969, pp. 56 ss.

¹⁴¹ ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Op. Cit.*, 1969, p. 59.

¹⁴² Cfr. ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Op. Cit.*, pp. 247 ss.

¹⁴³ ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Op. Cit.*, p. 266.

¹⁴⁴ Cfr. ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Op. Cit.*, p. 268.

principal problema al que se enfrentaban consistía en hacerlo compatible con la orientación positivista del Código Penal vigente. Por lo demás, el método dogmático y los planteamientos de la moderna teoría del delito no parecían imperar en la doctrina¹⁴⁵. Así, el principio de culpabilidad se asimiló a la exigencia de dolo o culpa, y este sentido tradicional de la expresión ha perdurado hasta la actualidad.

3.1.2 La introducción del principio rector de culpabilidad en el Código de 1980

ESTRADA VÉLEZ, Presidente de la Comisión redactora del Código Penal de 1980 afirmó que éste significaba un viraje desde el *“viejo y obsoleto peligrosismo positivista, hacia un derecho penal de culpabilidad”*¹⁴⁶. Si bien esta frase fue fuertemente criticada por parte de MEZA MORALES y GONZÁLEZ ZAPATA por juzgarla equívoca y por considerar que se trataba de un Código que conducía a resultados igualmente autoritarios¹⁴⁷, no puede olvidarse que se trató de la primera vez que se consagró en Colombia el principio de culpabilidad y se definió el delito según los dictados de la moderna orientación dogmática alemana¹⁴⁸.

El primer artículo publicado en Colombia sobre la moderna teoría del delito del que se tiene conocimiento, fue escrito por GAITÁN MAHECHA en 1953¹⁴⁹ y en el año 1963, el mismo autor había publicado una obra de Parte General basada en tal concepción¹⁵⁰. En 1964 publica REYES ECHANDÍA otra obra inspirada en la orientación Técnico-jurídica italiana y luego otra edición en 1974, en la que se evidencia un viraje hacia la dogmática alemana¹⁵¹. Entre los autores que posteriormente se dedicaron a cultivar la dogmática

¹⁴⁵ Cfr. VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, p. 432.

¹⁴⁶ MEZA MORALES, FERNANDO; GONZÁLEZ ZAPATA, JULIO, “Del peligrosismo al culpabilismo”, en: *Memorias*, Medellín, Universidad de Antioquia - Comlibros, 2010, pp. 128-131.

¹⁴⁷ Ello por cuanto en opinión de los autores, el culpabilismo acentúa la subjetivización del delito y permite la moralización del Derecho, Cfr. MEZA MORALES, FERNANDO; GONZÁLEZ ZAPATA, JULIO, *Op. Cit.*, p. 130.

¹⁴⁸ En sentido crítico sostiene VELÁSQUEZ que pese a la consagración de los principios, se trataba de una “fachada liberal y democrática”, Cfr. VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, p. 436.

¹⁴⁹ Así lo afirma AGUDELO BETANCUR, en la reproducción de este artículo, GAITÁN MAHECHA, BERNARDO, “El Derecho penal conforme a las concepciones modernas”, en: *Nuevo Foro Penal*, N. 19, Medellín, Temis, 1983, pp. 331-340.

¹⁵⁰ Cfr. VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, p. 453. Este autor fija en 1963 el inicio de la fase de la dogmática jurídico penal en el ámbito colombiano.

¹⁵¹ Cfr. VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, p. 453.

penal, publicando obras de Parte General, se cita¹⁵², entre otros, a ESTRADA VÉLEZ, PÉREZ, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA y más recientemente GÓMEZ LÓPEZ, SALAZAR MARÍN y VELÁSQUEZ. A continuación se analizarán las obras o artículos de estos autores posteriores al Código Penal de 1980 sobre el tema de la culpabilidad. Además, se estudiarán tres artículos de otros autores escritos en vigencia del Código Penal de 1980.

El artículo 5 del Código Penal de 1980 recogía el principio de culpabilidad en los siguientes términos: *“Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”*. Por su parte, el capítulo VII, dedicado a la culpabilidad, comenzaba con el artículo 35, que enunciaba como posibles “formas” de la culpabilidad, al dolo, la culpa y la preterintención. Igualmente merece comentarse el artículo 40, que consagraba como causales de inculpabilidad: i) el caso fortuito o la fuerza mayor; ii) la insuperable coacción ajena; iii) el error indirecto de prohibición; y iv) el error de tipo. Dejando de lado el que parezca dudoso que algunas de estas causales respondan a la categoría de la culpabilidad, puede observarse que se acoge un concepto del delito con lo que parecieran ser rasgos neoclásicos¹⁵³. Puede apreciarse como el hecho de que se suela asimilar el principio de culpabilidad a la exigencia de responsabilidad subjetiva no se debe exclusivamente a la doctrina, sino que fue también propiciado por la legislación.

Al analizar el precitado artículo 40 junto con el 10, que establecía: *“La ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones consignadas en ella (...)”*, causa extrañeza la ausencia de reconocimiento del error de prohibición directo. A lo anterior se sumaba el hecho de que el artículo 40 no estableciera claramente las consecuencias del error de prohibición indirecto, puesto que sólo se mencionaban las consecuencias del error en un inciso final que al parecer hacía parte del numeral 4, referido al error de tipo. Este punto fue objeto de controversia, pero lo que interesa resaltar es la discusión

¹⁵² Cfr. VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit, pp. 453-457.

¹⁵³ No obstante, VELÁSQUEZ sostuvo que era posible una interpretación desde el sistema finalista, Cfr. VELÁSQUEZ, FERNANDO, “¿El inciso final del artículo 40° del C.P. se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición?”, en: *Nuevo Foro Penal*, N. 19, Bogotá, Temis, 1983, pp. 295-315, pp. 306 ss.

que se suscitó en torno a la no consagración expresa del error de prohibición directo, especialmente a partir de la postura sentada por REYES ECHANDÍA¹⁵⁴.

La discusión se avivó a raíz de una providencia de la Corte Suprema de Justicia con ponencia de REYES ECHANDÍA¹⁵⁵, en la cual se ubicaba el error de prohibición directo, no regulado expresamente, en el artículo 40 numeral 4, que se pensaba inicialmente referido al error de tipo. VELÁSQUEZ, en segundo artículo que dedica a esta problemática, se opuso vehementemente a tal interpretación¹⁵⁶; pero a nuestro juicio es mérito de la Corte el haber jalonado la discusión sobre un aspecto de la legislación claramente violatorio del principio de culpabilidad. En efecto, la posibilidad de conocimiento de la ilicitud de la conducta, que no existe en los supuestos de error directo de prohibición invencible, es un requisito para la reprochabilidad de la conducta¹⁵⁷.

La postura de REYES ECHANDÍA sobre la culpabilidad es ecléctica, pues toma elementos del concepto normativo y del psicológico, sin que por ello se pueda catalogar como partidario de la concepción neoclásica. En efecto, este autor define la culpabilidad como: *—la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente—*¹⁵⁸. De la anterior definición, merece una explicación el elemento del poder actuar de otro modo, pues este autor no considera que la culpabilidad sea un juicio de reproche: *—confundir el juicio de reproche con la conducta que se reprocha o con el hombre que la realiza, es tomar el efecto por su causa—*¹⁵⁹.

¹⁵⁴ VELÁSQUEZ, FERNANDO, “¿El inciso final del artículo 40º del C.P. se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición?”, *Op. Cit.*, pp. 299 ss.

¹⁵⁵ La referencia es la siguiente: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, Sentencia de 24 de mayo de 1983.

¹⁵⁶ VELÁSQUEZ, FERNANDO, “La problemática del error en la doctrina y la jurisprudencia actuales”, en: *Nuevo Foro Penal*, N. 24, Bogotá, Temis, 1984, pp. 187-208, p. 203.

¹⁵⁷ En Italia se dio una discusión similar, aunque con una particularidades muy específicas, *Cfr.* DONINI, MASSIMO, “El caso de la ignorancia invencible”, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, PABLO (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 335-352.

¹⁵⁸ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *La culpabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982, p. 42.

¹⁵⁹ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *La culpabilidad*, *Op. Cit.*, p. 41.

MEZA MORALES, en otro artículo en el que se refirió al papel de la culpabilidad en el Código Penal de 1980, parecía tener claridad sobre los diferentes sentidos de ésta, aunque es bastante crítico con la noción normativa de culpabilidad¹⁶⁰. Comienza explicando la diferencia entre responsabilidad objetiva y subjetiva y afirma que en dicho sentido, tanto el Código Penal de 1936, como el de 1980 eran *—culpabilistas*”¹⁶¹. Aclara sin embargo, que resulta más importante luchar por un Derecho penal liberal que por uno culpabilista, puesto que una legislación que recalque en demasía los elementos subjetivos del delito fácilmente cae presa del autoritarismo y se verían difuminadas las fronteras que deben existir entre el Derecho y la moral¹⁶². Argumenta el autor que de este modo podría llegarse a la responsabilidad por la personalidad o peligrosidad futura, y que el juez carecería de referencias objetivas, lo que impediría la defensa del individuo¹⁶³.

MEZA MORALES se refiere también a la polémica entre las concepciones psicológicas y normativas de la culpabilidad, criticando la tendencia a una culpabilidad con tintes éticos que se manifestaba en la fórmula “culpabilidad es reprochabilidad”, por el peligro de convertirse en una *—moral por la fuerza*”¹⁶⁴. Por ello, propone un regreso a criterios objetivos que eviten la arbitrariedad y las intromisiones en el fuero interno de las personas, aunque sin olvidar la exigencia básica de responsabilidad subjetiva¹⁶⁵.

Igualmente crítico con el concepto normativo de culpabilidad se muestra FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, en un artículo publicado el mismo año¹⁶⁶, pues teme que la tendencia a la subjetivización del injusto y a la normativización de la culpabilidad pueda conducir a la *—culpabilidad moral de un injusto subjetivo*”¹⁶⁷. Este autor objeta la progresiva normativización de la culpabilidad, que comenzó con la conversión de la conciencia de

¹⁶⁰ MEZA MORALES, “¿Derecho penal de culpabilidad?”, *Temas de Derecho penal colombiano*, N. 14, Medellín, Señal Editora, 1982, pp. 21-32.

¹⁶¹ MEZA MORALES, *Op. Cit.*, p. 23.

¹⁶² *Cfr.*, MEZA MORALES, *Op. Cit.*, pp. 23-24.

¹⁶³ *Cfr.*, MEZA MORALES, *Op. Cit.*, pp. 25-26.

¹⁶⁴ *Cfr.*, MEZA MORALES, *Op. Cit.*, p. 30.

¹⁶⁵ *Cfr.*, MEZA MORALES, *Op. Cit.*, p. 31.

¹⁶⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, “Hacia un Derecho penal sin culpabilidad”, en: *Nuevo Foro Penal*, N. 19, Bogotá, Temis, 1982, pp. 954-970.

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, “Hacia un Derecho penal sin culpabilidad”, *Op. Cit.*, p. 954.

la ilicitud en un elemento potencial y se perfeccionó con la teoría de la culpabilidad¹⁶⁸. Por otra parte, le resta importancia a la inclusión de la exigibilidad como elemento de la culpabilidad, señalando que a lo sumo serviría para explicar un poco mejor algunas excusas absolutorias, pero sólo para los imputables¹⁶⁹.

Tal vez lo más importante del planteamiento de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA es su crítica al abandono de la lesividad como tradicional eje del injusto, a favor de una concepción de éste como violación de un deber. Ello habría ocurrido de la mano de la distinción efectuada por V. WEBER entre deber (característico del injusto) y poder (propio de la culpabilidad) y la construcción de WELZEL de desvalor de acto y de resultado como bases del injusto, que a juicio del autor habría relegado el juicio de reprochabilidad al campo moral¹⁷⁰. Igualmente dirige sus reparos, en clara alusión a GOLDSCHMIDT¹⁷¹ y las tesis que le siguieron, al papel asignado a las normas subjetivas de motivación o determinación, consistente en dirigir el juicio de reproche no a la realización del injusto sino al proceso motivacional interno del sujeto¹⁷².

Advierte entonces el autor los peligros de este proceso de moralización de la culpabilidad, que ya se patentizan en las construcciones de culpabilidad por el carácter, y proclama que debe rechazarse la teoría normativa de la culpabilidad y retornar a las concepciones psicológicas¹⁷³. Es explícito en señalar que la culpabilidad como reproche nada tiene que ver con el principio de culpabilidad, pues el contenido de éste abarca únicamente la proscripción de la responsabilidad objetiva y la prohibición de instrumentalización del ser humano por razones de prevención, ligada a la idea de dignidad humana¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Al respecto, indica que la conciencia de la ilicitud debería ser un componente del dolo, puesto que de lo contrario, el hecho no recogería su integridad ontológica, *Cfr.*, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, "Hacia un Derecho penal sin culpabilidad", *Op. Cit.*, pp. 955-957.

¹⁶⁹ *Cfr.*, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, "Hacia un Derecho penal sin culpabilidad", *Op. Cit.*, p. 958.

¹⁷⁰ *Cfr.*, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, "Hacia un Derecho penal sin culpabilidad", *Op. Cit.*, pp. 958, 964.

¹⁷¹ *Vid.*, *Supra*, 2.2.

¹⁷² *Cfr.*, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, "Hacia un Derecho penal sin culpabilidad", *Op. Cit.*, p. 959.

¹⁷³ Postura que hace compatible con el Código Penal de 1980 con argumentos sistemáticos bastante complejos, *Cfr.*, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, "Hacia un Derecho penal sin culpabilidad", *Op. Cit.*, pp. 960 ss.

¹⁷⁴ *Cfr.*, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, "Hacia un Derecho penal sin culpabilidad", *Op. Cit.*, pp. 965, 970.

Estima que la antijuridicidad material basta para controlar las necesidades preventivas desde el criterio de la justicia, sin que sea necesario acudir nuevamente a consideraciones morales en el ámbito de la culpabilidad¹⁷⁵. Califica de *“irreal”* la teoría de la culpabilidad que toma como medida el comportamiento del hombre medio, pues de no efectuarse un juicio personalizado, la culpabilidad quedaría completamente desarraigada de sus cimientos éticos; pero considera igualmente rechazable esta última postura, por su potencial tendencia a la moralización¹⁷⁶. Tampoco escapa a sus objeciones el fundamento material de la culpabilidad, pues refiere que el libre albedrío es indemostrable¹⁷⁷.

Es partidario este autor, además, de suprimir la palabra culpabilidad, y al parecer también la expresión “reprochabilidad”, por cuanto parecen hacer alusión a un reproche moral y pueden ser fácilmente asociadas al retribucionismo¹⁷⁸. De manera categórica asevera: *“Con su pesada sobrecarga moral, la culpabilidad se convirtió en un simple eufemismo tecnicista para presentar al delincuente, ya no como “malvado”, como en los viejos tiempos, sino como “culpable”, que quizás comporta un juicio de repulsión moral mucho mas vehemente contra la conciencia del desviado”*¹⁷⁹.

Pese a tan fuertes críticas, concluye refiriéndose a los planteamientos de la criminología crítica en punto a la corresponsabilidad de la sociedad en el crimen¹⁸⁰. Esta premisa, como se verá más adelante, puede servir de base a una comprensión diferente de la culpabilidad, que quedaría a salvo de las críticas formuladas por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA¹⁸¹. Aunque este autor se muestre tan crítico frente a las concepciones

¹⁷⁵ Cfr., FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, “Hacia un Derecho penal sin culpabilidad”, *Op. Cit.*, p. 967.

¹⁷⁶ Cfr., FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, “Hacia un Derecho penal sin culpabilidad”, *Op. Cit.*, pp. 967-968.

¹⁷⁷ Cfr., FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, “Hacia un Derecho penal sin culpabilidad”, *Op. Cit.*, p. 968, n. 24.

¹⁷⁸ Cfr., FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, “Hacia un Derecho penal sin culpabilidad”, *Op. Cit.*, p. 958.

¹⁷⁹ Cfr., FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, “Hacia un Derecho penal sin culpabilidad”, *Op. Cit.*, p. 968.

¹⁸⁰ Cfr., FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, “Hacia un Derecho penal sin culpabilidad”, *Op. Cit.*, p. 969.

¹⁸¹ *Vid., Infra*, 4.3. *—Ciertamente, la evolución en contra de la exigibilidad de la conducta tiene su raíz en una concepción puramente normativa individual de la culpabilidad, que se toca con una concepción ética del Derecho. Al sujeto se le reprocha su mala conciencia individual. Pero diferente es la perspectiva si se considera que la culpabilidad es en verdad el problema del sujeto responsable, cuyo presupuesto no es el problema de su maldad o bondad intrínseca, sino la conciencia social lograda, que es una cuestión entonces eminentemente sociopolítica en relación al sujeto y no para determinar metafísicamente si es*

normativas de la culpabilidad, vale la pena aclarar que *—una cosa es rechazar las concepciones de la culpabilidad en las que el objeto del —reproche” lo constituye la actitud interna del sujeto, su carácter o conducción de vida —a la que se puede llegar cuando se le asigna al Derecho penal la misión de protección de los valores de conciencia de carácter ético-social y no la de proteger los bienes jurídicos- y otra muy distinta que deba desaparecer la culpabilidad como categoría garantizadora (...)*”¹⁸².

El que FERNÁNDEZ CARRASQUILLA reconozca los supuestos de no exigibilidad de otra conducta demuestra que no asume una concepción estrictamente psicológica de la culpabilidad. Simplemente, el aspecto normativo de la culpabilidad en los planteamientos de este autor se fundamenta en el poder actuar de otro modo, como ocurre en la teoría más tradicional¹⁸³.

En la segunda edición del manual de ESTRADA VÉLEZ, publicada en el año 1986, sostiene este autor que *—El Código (de 1980) introdujo en esta materia cambios sustanciales que dejan prácticamente sin efecto mucha parte de nuestra doctrina*”¹⁸⁴ y que *—la concepción de la culpabilidad que adopta el Código es, entonces, claramente normativa, no en el sentido de los finalistas, sino montada sobre bases psicológicas, como tiene que ser*”¹⁸⁵. De lo anterior se colige que el autor asume un concepto psicológico-normativo de la culpabilidad.

Ahora bien, para ESTRADA VÉLEZ, el juicio de reprochabilidad tiene un contenido doble: uno ético o moral y otro de reprobación social¹⁸⁶. El primero lo deduce del carácter subsidiario del Derecho penal de proteger bienes con indudable valor moral; y el segundo surgiría del daño a la sociedad que produce el quebrantamiento tales bienes esenciales.

malo o bueno”, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, pp. 348-349.

¹⁸² SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *Op. Cit.*, p. 226.

¹⁸³ *Cfr.*, SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *Op. Cit.*, p. 227.

¹⁸⁴ *Cfr.*, ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho penal, Parte general, T. I.*, Bogotá, Temis, 1986, p. 283.

¹⁸⁵ *Cfr.*, ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho penal, Parte general, Op. Cit.*, p. 284.

¹⁸⁶ *Cfr.*, ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho penal, Parte general, Op. Cit.*, p. 286.

En cuanto a la admisibilidad de supuestos supraleales de no exigibilidad de otra conducta, este autor acoge favorablemente esta tesis, y se suma a REYES ECHANDÍA al considerar que esta teoría permitiría solucionar supuestos como la ignorancia invencible de la ley penal¹⁸⁷.

Por su parte, PÉREZ critica el concepto de culpabilidad porque no toma en consideración las profundas desigualdades sociales: *—actualmente la culpabilidad, con sus forzosas exigencias, no es noción justa porque, de acuerdo con ella, se pide a todos por igual, y como igual se cobra el resultado (...) Las variantes de dolo, culpa y preterintención no alcanzan sino a una parte mínima de las situaciones mentales que guían la conducta*”¹⁸⁸. Considera este autor que sólo se arribará a un concepto justo de culpabilidad en una sociedad socialista avanzada¹⁸⁹. Al sentar su postura, es crítico de la concepción finalista de la culpabilidad, pues considera que la esencia de ésta consiste en el elemento subjetivo de la infracción, aunque se vea acompañada de la exigibilidad¹⁹⁰.

Es igualmente llamativo el planteamiento de este autor sobre el libre albedrío, cercano al de SOLER: *—el Derecho penal es ajeno a estas posiciones, pues no aprecia la libertad de la conciencia ni de la voluntad, sino algo menos trascendente como es la atribución del acto a un sujeto que lo realizó, convirtiéndose por ello en su causante. La responsabilidad que deduce el juez no parte de la responsabilidad moral, ese —soporte incommovible” de los indeterministas*”¹⁹¹.

Por último, considera PÉREZ que si bien el Código no prevé expresamente la no exigibilidad de otra conducta como eximente supraleal, *—conviene estudiarla y ver su posible aceptación dentro de ciertas situaciones muy bien definidas*”¹⁹², aunque se muestra bastante prudente, pues advierte sobre los abusos que esta doctrina puede autorizar¹⁹³. Coincide en este punto con ROMERO SOTO, al considerar que de

¹⁸⁷ Cfr., ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho penal, Parte general*, Op. Cit., p. 336.

¹⁸⁸ PÉREZ, LUIS CARLOS, *Derecho penal, Partes general y especial, T. I.*, Bogotá, Temis, 1987, p. 450.

¹⁸⁹ Cfr., PÉREZ, LUIS CARLOS, *Op. Cit.*, p. 451.

¹⁹⁰ Cfr., PÉREZ, LUIS CARLOS, *Op. Cit.*, pp. 443, 446, 449.

¹⁹¹ PÉREZ, LUIS CARLOS, *Op. Cit.*, p. 459.

¹⁹² PÉREZ, LUIS CARLOS, *Op. Cit.*, p. 519.

¹⁹³ PÉREZ, LUIS CARLOS, *Op. Cit.*, p. 520.

reconocerse aplicación a tales supuestos supralegales, debería limitarse a los delitos culposos¹⁹⁴.

En el artículo de CÓRDOBA ANGULO de 1989, que se mencionó anteriormente, el autor asevera que la doctrina normativa de la culpabilidad ya contaba para dicha fecha una acogida casi unánime en la doctrina y la jurisprudencia¹⁹⁵. En este escrito, expone la crisis que atraviesa el concepto normativo de la culpabilidad y las alternativas que frente a esta situación se plantean. CÓRDOBA ANGULO sienta una postura favorable al concepto de culpabilidad, por considerar que contribuye al logro de un Derecho penal más igualitario y justo, aunque considere que su fundamento debe hallarse en otro sitio¹⁹⁶.

Este autor clasifica también a los autores colombianos en las distintas concepciones sobre la culpabilidad. Así, encasilla a MESA VELÁSQUEZ, RUIZ y ESTRADA VÉLEZ como defensores de la teoría psicológica en sus primeros escritos¹⁹⁷. Como seguidores de la concepción psicológico-normativa señala a REYES ECHANDÍA, ROMERO SOTO, PÉREZ, GAITÁN MAHECHA y ARENAS, además de intuir que la jurisprudencia se decanta por esta corriente¹⁹⁸. Por último, indica que los planteamientos de la concepción normativa son seguidos por AGUDELO BETANCUR y VELÁSQUEZ¹⁹⁹.

CÓRDOBA ANGULO resume la teoría normativa en cinco ideas básicas²⁰⁰ y expone las críticas que se le han formulado en la doctrina. Al tratar el problema del libre albedrío, cita a GIMBERNAT y se declara agnóstico, y en consecuencia piensa que debe buscarse otro fundamento para la culpabilidad, pues de lo contrario carecería de legitimidad el

¹⁹⁴ PÉREZ, LUIS CARLOS, *Op. Cit.*, p. 522.

¹⁹⁵ *Cfr.*, CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL FERNANDO, *Op. Cit.*, p. 75.

¹⁹⁶ *Cfr.*, CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL FERNANDO, *Op. Cit.*, pp. 76-77.

¹⁹⁷ *Cfr.*, CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL FERNANDO, *Op. Cit.*, p. 78.

¹⁹⁸ *Cfr.*, CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL FERNANDO, *Op. Cit.*, pp. 80-81.

¹⁹⁹ *Cfr.*, CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL FERNANDO, *Op. Cit.*, p. 83.

²⁰⁰ i) El hombre es un ser libre; ii) el individuo infringe la norma pese a estar en posibilidad de obrar de otro modo; iii) la culpabilidad es reprochabilidad, en el sentido que la posibilidad de actuar de otro modo fundamenta el reproche; iv) el juicio de reproche legitima al Estado para imponer la pena; y v) la pena tiene carácter retribucionista. *Cfr.*, CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL FERNANDO, *Op. Cit.*, pp. 83-84

juicio de reproche²⁰¹. Por último, repara este autor en la alta carga moralizante del juicio de reproche, que se deduciría del fin retributivo de la pena²⁰².

Al enunciar las alternativas que se han planteado a la culpabilidad CÓRDOBA ANGULO da por sentado que la culpabilidad debe referirse al hecho, y no a la personalidad del autor, además de que supone un juicio de reproche jurídico, no moral²⁰³. Este autor propone, en la misma línea de MUÑOZ-CONDE, abandonar la idea de la culpabilidad como un fenómeno individual, pues la función de motivación del Derecho penal es un proceso de interacción social²⁰⁴.

Cifra entonces el fundamento de la culpabilidad en la motivabilidad del individuo, para evitar los escollos que ha supuesto la premisa del libre albedrío²⁰⁵. Sin embargo, la dimensión social de la culpabilidad permearía todos los elementos de la culpabilidad, de tal suerte que lo relevante no serían sólo las facultades psico-físicas de motivación, sino también los procesos de socialización y aprendizaje del individuo, que podrían ser defectuosos en supuestos de marginalidad, analfabetismo, etc.²⁰⁶.

Un artículo más reciente, publicado en el año 1990²⁰⁷, estudia también el problema del fundamento material del concepto de culpabilidad: el libre albedrío, que venía resistiendo los embates del indeterminismo desde que ENGISCH hubiera planteado la cuestión²⁰⁸. En este artículo, VALBUENA acude en defensa del libre albedrío valiéndose de las tesis del filósofo austríaco POPPER²⁰⁹.

²⁰¹ Indica que aún si se aceptara el libre albedrío en abstracto, es imposible demostrar el poder actuar de otro modo en un caso concreto. *Cfr.*, CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL FERNANDO, *Op. Cit.*, pp. 84-85.

²⁰² *Cfr.*, CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL FERNANDO, *Op. Cit.*, p. 86.

²⁰³ *Cfr.*, CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL FERNANDO, *Op. Cit.*, p. 87. Se trata de puntos de los que también partimos en este escrito, y no se han expuesto esta clase de construcciones teóricas por considerarse discusiones superadas.

²⁰⁴ *Cfr.*, CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL FERNANDO, *Op. Cit.*, p. 89.

²⁰⁵ *Cfr.*, CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL FERNANDO, *Op. Cit.*, p. 91.

²⁰⁶ *Cfr.*, CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL FERNANDO, *Op. Cit.*, p. 92.

²⁰⁷ VALBUENA, FRANCISCO, "A favor del principio de culpabilidad: un punto de vista personal", en: *Nuevo Foro Penal*, N. 50, Bogotá, Temis, 1990, pp. 465-480.

²⁰⁸ *Cfr.*, VALBUENA, FRANCISCO, *Op. Cit.*, p. 473.

²⁰⁹ *Cfr.*, VALBUENA, FRANCISCO, *Op. Cit.*, pp. 468 ss.

Frente a autores como GIMBERNAT (y en la misma línea se ubicarían FERNÁNDEZ CARRASQUILLA y MEZA MORALES) que temen las consecuencias políticas negativas que pueden derivar del principio de culpabilidad entendido como reproche²¹⁰, argumenta VALBUENA que *—son consecuencias que muchos podrán deducir de él, pero que a nuestro juicio evidencian más un vicio del espíritu humano que una implicación lógica del principio de culpabilidad—*²¹¹.

En este período gozaron de gran aceptación las teorías psicológico-normativas de la culpabilidad, aunque autores como VELÁSQUEZ y CÓRDOBA ANGULO ya acogieran la concepción normativa. Por su parte, el sentido del principio de culpabilidad como proscripción de la responsabilidad subjetiva continuó siendo el uso aceptado de la expresión, continuando la tradición. Es llamativo también lo crítica que se mostraba la doctrina frente a la reprochabilidad como componente de la culpabilidad, o al menos algunas maneras de comprenderla, lo que posiblemente explique el hecho de que no se haya vinculado el principio de culpabilidad a este concepto normativo.

3.1.3 La comprensión actual de la culpabilidad en el Código de 2000

El actual Código Penal contiene una disposición (el artículo 12º) muy similar a aquella que consagraba el principio rector de culpabilidad en el Código anterior. En efecto, aún asocia este principio a la proscripción de la responsabilidad objetiva propia del uso tradicional de la expresión. Por otra parte, sí se facilitó la interpretación conforme a la sistemática finalista, como se evidencia en el tratamiento del error de tipo (art. 32º-10) y la consagración expresa del error de prohibición directo (art. 32º-11), además del hecho que el dolo y la culpa no sean consideradas formas de culpabilidad (art. 21º). A continuación se expondrán los planteamientos sobre la culpabilidad de los autores más relevantes del momento.

²¹⁰ "La visión que el principio de culpabilidad da del delincuente, es la de una persona éticamente mala que podía hacer el bien y, sin embargo, hace el mal; (y de que) sobre esta base de superioridad y buena conciencia de la sociedad frente al delincuente es fácil olvidarse del problematismo de la pena estatal y de nuestra obligación de -sin ahorrar ningún medio- tratar humanamente a quien viola la ley penal (...)" GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, "La culpabilidad como criterio regulador de la pena", en: *Revista de Ciencias Penales*, N. 32, Santiago de Chile, Tercera Época, 1973, p. 31. Citado en: VALBUENA, FRANCISCO, *Op. Cit.*, p. 478.

²¹¹ Cfr., VALBUENA, FRANCISCO, *Op. Cit.*, p. 478.

Muy recientemente, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA publicó una reelaboración de su escrito *—Hacia una dogmática penal sin culpabilidad—*, que ya se mencionó. En este nuevo texto, el autor estudia particularmente la incidencia de las corrientes funcionalistas en el Derecho penal²¹² y se muestra bastante crítico frente a tales construcciones: *—Una culpabilidad que depende de necesidades político-criminales o funcionales sobre distribución social de las cargas penales no tiene ya nada en común con el concepto originario y tradicional, ya que en éste dependía de las relaciones del autor con su hecho y de ninguna manera de las conveniencias de reacción de la comunidad frente al mismo—*²¹³.

Por otra parte, considera que un concepto de culpabilidad así construido, mal puede cumplir la función de límite que le es propia, al no estar firmemente anclada en el libre albedrío como característica de la dignidad humana, sino *—en el supuesto de las propias convicciones políticas—*²¹⁴. Lo anterior haría del concepto funcional de culpabilidad uno políticamente peligroso²¹⁵, pues *—una culpabilidad sin sustento real puede calificarse políticamente como correcta o incorrecta—y entonces todo depende del criterio al que se acuda-, pero no como verdadera o falsa, de modo que llega a ser en extremo difícil distinguir al verdadero culpable del chivo expiatorio—*²¹⁶.

Por su parte, GÓMEZ LÓPEZ sostiene un principio de culpabilidad entendido como *—el conjunto de circunstancias individuales y sociales que hacían exigible al autor la conducta adecuada a Derecho; la culpabilidad como juicio de exigibilidad se refiere a la acción injusta y a las circunstancias de conocimiento y autodeterminación en que fue realizada—*²¹⁷. Entre las circunstancias que deben evaluarse a la hora de enjuiciar si al autor podía exigírsele un comportamiento conforme a Derecho se encuentran las

²¹² Vid., *Supra*, 2.4.

²¹³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, “Dogmática penal sin reproche de culpabilidad en la hora actual”, en: *Dogmática y criminología, homenaje de los grande tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, Legis, 2005, pp. 139-185, p. 151.

²¹⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, “Dogmática penal sin reproche de culpabilidad en la hora actual”, *Op. Cit.*, p. 155

²¹⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, “Dogmática penal sin reproche de culpabilidad en la hora actual”, *Op. Cit.*, p. 158.

²¹⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, “Dogmática penal sin reproche de culpabilidad en la hora actual”, *Op. Cit.*, p. 168. Así también BARATTA, ALESSANDRO, *Op. Cit.*, p. 24.

²¹⁷ GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Teoría del delito*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2003, p. 159.

circunstancias de conocimiento y autodeterminación del sujeto, pues éstas se derivan de la exigencia de responsabilidad subjetiva²¹⁸.

Para este autor, la categoría de culpabilidad está ligada al principio tal y como fue enunciado, tomando elementos cercanos a la tesis de ZAFFARONI: *—un juicio de exigibilidad de la conducta ordenada por el Derecho que se hace al autor de un injusto penal en consideración a que el Estado y la sociedad le suministraron el mínimo irreductible de condiciones para poder comprender la prohibición y autodeterminarse por la misma*”²¹⁹. Esta exigencia la deriva del artículo 13 de la Constitución Política, en lo que se refiere a la igualdad material, y se opone a las concepciones utilitarias de la culpabilidad²²⁰. Pese a que asocia el principio de culpabilidad a la proscripción de responsabilidad objetiva, no incluye el dolo y la culpa como componentes de la categoría de la culpabilidad, sino sólo la potencial conciencia de la ilicitud²²¹.

El concepto de culpabilidad es construido entonces sobre la base de dos requisitos positivos (conocimiento potencial de la ilicitud y exigibilidad —entendida como normalidad de las condiciones de autodeterminación o motivación—) y múltiples requisitos negativos²²². Entre éstos sobresale, además de tradicionales causas de inculpabilidad y otras causales como la fuerza mayor, las “*excepcionales circunstancias sociales de desigualdad, pobreza, miseria, ignorancia extremas*”²²³. En opinión de este autor, la valoración de la culpabilidad debe fincarse en lo que habría podido hacer el individuo concreto en tal situación, de modo tal que no basta la comparación con un hombre medio²²⁴.

Es muy interesante el planteamiento de este autor en el sentido de que parece aceptar la existencia de supuestos supralegales de no exigibilidad de otra conducta, vinculado a la normalidad de la autodeterminación. Estas afirmaciones las fundamenta en la exposición de motivos del Código Penal, y considera que de los artículos 7 y 56, que en

²¹⁸ Cfr., GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Op. Cit.*, p. 159.

²¹⁹ GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Op. Cit.*, p. 833.

²²⁰ Cfr., GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Op. Cit.*, pp. 833, 836, 848 ss.

²²¹ Cfr., GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Op. Cit.*, p. 833.

²²² Cfr., GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Op. Cit.*, pp. 878 ss.

²²³ GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Op. Cit.*, p. 888.

²²⁴ Cfr., GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Op. Cit.*, p. 876.

su opinión admiten la posibilidad de causas sociales de exculpación, permiten aplicar ampliamente la idea de la inexigibilidad²²⁵.

SALAZAR MARÍN entiende el principio de culpabilidad como uno material, al que estarían asociadas las garantías de responsabilidad por el hecho y responsabilidad personal, pero al parecer también la exigencia de tomar en consideración el contexto social del individuo y las circunstancias en las que actúa²²⁶.

Este autor se pronuncia en contra de una comprensión de la categoría de la culpabilidad como un juicio de reproche, aduciendo que ello agrava la situación del delincuente debido a la estigmatización que comporta tal juicio. El Estado no debería censurar el delito, debido a la multiplicidad de sus causas (algunas de ellas producto de la misma sociedad y el Estado), y sólo debe buscar con la pena fines utilitarios de mejora del delincuente²²⁷. En consecuencia, cree que debe mantenerse la culpabilidad pero únicamente como una “*mera declaración del juez, una vez verificada la culpabilidad como principio en cabeza del delincuente*”²²⁸. En este punto coincide con la postura de GÓMEZ LÓPEZ, que a su vez recuerda a la de ZAFFARONI, consistente en que sólo hay lugar al juicio de exigibilidad cuando el Estado ha posibilitado al individuo las condiciones cognoscitivas, materiales y morales para observar la norma²²⁹.

VELÁSQUEZ entiende por “principio de culpabilidad” una conjunto de garantías²³⁰: i) la responsabilidad personal; ii) la proscripción de la responsabilidad objetiva; iii) la exigencia de tener en cuenta el grado de culpabilidad (entendida como las modalidades de culpa, dolo y preterintención); y iv) la exigencia de proporcionalidad en la tasación de la pena.

En la obra de VELÁSQUEZ, puede encontrarse un estudio muy completo del desarrollo del concepto de culpabilidad, no sólo en Europa, sino en el país; además de las

²²⁵ Cfr., GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Op. Cit.*, pp. 898 ss.

²²⁶ SALAZAR MARÍN, MARIO, *Teoría del delito*, Bogotá, Ibáñez, 2005, pp. 98-99.

²²⁷ SALAZAR MARÍN, MARIO, *Op. Cit.*, p. 100

²²⁸ SALAZAR MARÍN, MARIO, *Op. Cit.*, pp. 99-100, 259.

²²⁹ SALAZAR MARÍN, MARIO, *Op. Cit.*, pp. 100-101.

²³⁰ Cfr., VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, pp. 128-129.

alternativas que se han planteado a raíz de la crisis de esta categoría²³¹. Es partidario este autor de una *—concepción social-normativa de culpabilidad—*, fundada materialmente en la idea de la inexigibilidad²³². Considera que tal juicio de exigibilidad debe efectuarse partiendo de un criterio objetivo (la conducta hipotética de un hombre medio), pero atendiendo a las condiciones psíquicas, físicas y sociales del autor²³³. Se trata de una idea diferente al “poder actuar de otro modo”, criterio que juzga insatisfactorio por no ser suficientemente claro²³⁴.

VELÁSQUEZ se opone a las construcciones funcionalistas radicales y también a la postura de ROXIN²³⁵. Por otra parte, considera inadmisibile la actitud científica de quienes cuestionan el libre albedrío, pues estima que de ser coherente con esta postura, la crítica debería extenderse a muchas otras categorías del Derecho penal²³⁶. Frente a los autores que critican al juicio de reprochabilidad su carácter ético, replica VELÁSQUEZ que se trata de una malentendido: *“la culpabilidad se mide con baremos jurídicos y se constata públicamente ante la instancia de un tribunal estatal, con arreglo a un procedimiento legalmente reglado, todo ello a diferencia de la moral”*²³⁷.

En este período se evidencia una mayor acogida de las concepciones normativas de la culpabilidad. Pese a ello, todavía se conserva la garantía de responsabilidad subjetiva como al menos uno de los contenidos del principio de culpabilidad, aunque no exista ya ninguna coincidencia entre esto y la categoría dogmática de la culpabilidad.

A modo de balance, puede afirmarse que la recepción de las concepciones normativas de la culpabilidad en Colombia fue lenta, pero en la actualidad éstas son claramente acogidas por la mayoría de la doctrina. Quizá la desconfianza que generaron inicialmente se explique por la valoración especialmente crítica que se hizo de las teorías de la culpabilidad con tintes éticos, como se tuvo la oportunidad de ver cuando

²³¹ Cfr., VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, pp. 798 ss.

²³² Cfr., VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, p. 826.

²³³ Cfr., VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, p. 824.

²³⁴ Cfr., VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, p. 826.

²³⁵ Cfr., VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, pp. 802, 805, 807, 820.

²³⁶ Cfr., VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, p. 805. En el mismo sentido, Cfr., VALBUENA, FRANCISCO, *Op. Cit.*, p. 475.

²³⁷ Cfr., VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, pp. 806, 807.

se expusieron los planteamientos de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA y MEZA MORALES. Por último, vale la pena resaltar el hecho de que la tesis FREUDENTHAL sobre la no exigibilidad supralegal haya encontrado eco en nuestra doctrina, como lo prueban no sólo los planteamientos de GÓMEZ LÓPEZ, sino incluso antes los de PÉREZ, y los de ROMERO SOTO, sorprendentemente avanzados para su tiempo.

3.2 LOS SENTIDOS AMPLIO Y RESTRINGIDO DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

En el acápite anterior ha podido evidenciarse la ambigüedad o confusión existente en la doctrina colombiana sobre el sentido del principio de culpabilidad, pues pese al desarrollo de la categoría de culpabilidad, la comprensión del principio ha seguido ligada a la exigencia de dolo y culpa, más acorde con la antigua concepción psicológica de la culpabilidad. Y puede agregarse que lo mismo ocurre en la jurisprudencia nacional, como puede observarse por ejemplo en la sentencia C-176 de 1993, con ponencia del Magistrado ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, donde, queriendo dar a entender que no se requería culpabilidad para imponer una medida de seguridad²³⁸, se afirma que *“para los inimputables la responsabilidad penal es objetiva”*. Se trata de una confusión, como lo ha puesto de relieve SOTOMAYOR ACOSTA, en tanto *“una cosa es la responsabilidad objetiva y otra muy diferente la culpabilidad como presupuesto de la pena”*²³⁹, y al estar amparados los inimputables por las mismas garantías y derechos, no dejan de regir para ellos los principios de responsabilidad por el hecho y responsabilidad subjetiva. Conviene entonces hacer a continuación algunas precisiones sobre el sentido de este principio, con el fin de despejar esta ambigüedad.

Como ya se anotó, el actual Código Penal establece el principio de culpabilidad en su artículo 12º, que reza: *“Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”*. Se trata de una redacción muy similar a aquella del Código Penal de 1980, aunque no recoja

²³⁸ Cfr., SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *Op. Cit.*, p. 246.

²³⁹ SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *Op. Cit.*, pp. 246.

ninguna de las dos formulaciones tradicionales de este principio (no hay pena sin culpabilidad; y la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad²⁴⁰).

¿Cuál es el contenido de estas proposiciones? Como lo indica BORJA JIMÉNEZ, la mayoría de la doctrina española deriva del “principio genérico de culpabilidad”, vinculado al juicio de reproche, una serie de garantías (aunque existen discrepancias clasificatorias²⁴¹). Se explicarán a continuación: i) principio de responsabilidad personal; ii) principio de responsabilidad por el hecho; iii) principio de presunción de inocencia; y iv) principio según el cual la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad.

El principio de responsabilidad personal se concreta en la prohibición de castigar a una persona por un hecho ajeno²⁴². En segundo lugar, el principio de responsabilidad por el hecho establece que sólo puede castigarse a una persona cuando comete un hecho tipificado como delito, sin que sea válido castigar el modo de ser o los pensamientos²⁴³. En cuanto al principio de presunción de inocencia, éste implica que no puede imponerse una pena sin haberse demostrado plenamente en un proceso judicial la responsabilidad penal de una persona, de tal suerte que son inadmisibles presunciones en este sentido²⁴⁴. Por último, el principio según el cual la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad está ligado a la proporcionalidad en la imposición de la sanción y se ve infringido en supuestos de *versari in re illicita*²⁴⁵ y de responsabilidad objetiva²⁴⁶. Este principio es el que parece manifestarse en la comprensión del principio de culpabilidad más ligado al concepto psicológico de culpabilidad y que se refiere a la proscripción de la responsabilidad objetiva.

²⁴⁰ Cfr., BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Op. Cit.*, p. 351.

²⁴¹ Cfr., BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Op. Cit.*, p. 351. PÉREZ MANZANO explica cómo al principio de culpabilidad se han añadido históricamente estos significados, Cfr., PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, pp. 56-57.

²⁴² Cfr., BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Op. Cit.*, p. 352.

²⁴³ Cfr., BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Op. Cit.*, pp. 353-354.

²⁴⁴ Cfr., BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Op. Cit.*, pp. 358-359.

²⁴⁵ Quien incurre en un hecho ilícito, responde del resultado delictuoso fortuito (imprevisible). Cfr., NÚÑEZ, RICARDO CAYETANO, *Op. Cit.*, p. 65.

²⁴⁶ Cfr., BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, *Op. Cit.*, pp. 360-361. También, Cfr., NÚÑEZ, RICARDO CAYETANO, *Op. Cit.*, pp. 61, 66.

Dejando a un lado las anteriores garantías, MIR PUIG²⁴⁷ prefiere reservar la expresión “principio de culpabilidad” para hacer referencia al concepto material de culpabilidad²⁴⁸. ZAFFARONI es otro autor que habla expresamente de un principio de exigibilidad, como un principio que –junto con el de responsabilidad subjetiva- integra el principio de culpabilidad²⁴⁹. En consecuencia, optamos, como lo hacen también LUZÓN PEÑA²⁵⁰ y SOTOMAYOR ACOSTA²⁵¹, por conectar el principio *nulla poena sine culpa* al concepto material de culpabilidad, de modo tal que realmente explique los componentes de esta categoría desde la óptica normativa.

En lo que sigue de este trabajo se intentará esbozar los puntos clave de este concepto material de culpabilidad, que entendemos ligado a la idea de exigibilidad.

²⁴⁷ Si bien este autor cifra la esencia de la culpabilidad en la normalidad motivacional -fundamento diferente al que se defenderá en este escrito- consideramos útil la precisión terminológica, MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, Reppertor, 2011, pp. 126, 547 ss.

²⁴⁸ Como lo señala VELÁSQUEZ, mientras que el *concepto formal de culpabilidad* se refiere a los presupuestos que la ley establece para formular tal reproche, el *concepto material* pretende dilucidar el contenido y el fundamento de este juicio. Cfr., VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit., p. 818.

²⁴⁹ Cfr., ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, Op. Cit., pp. 120-121.

²⁵⁰ —*Esta acepción estricta es la preferible y la única que debería manejarse coherentemente por quienes sostenemos que el dolo y la imprudencia no pertenecen a la culpabilidad. (...) [Pese a ello, el concepto amplio] está muy extendido, por inercia o por la fuerza de la ubicación tradicional del dolo y la imprudencia en la culpabilidad.* Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Op. Cit., p. 516.

²⁵¹ Cfr., SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, Op. Cit., pp. 241-242.

4. LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Explica acertadamente LUZÓN PEÑA que en la discusión sobre la culpabilidad la doctrina se divide en dos puntos fundamentales²⁵². La primera consiste en si se asume una concepción normativa de la culpabilidad (“culpabilidad es reprochabilidad”) o si se reconduce esta categoría a otra clase de criterios (como ocurre con las concepciones utilitarias); aclarando que optar por la primera alternativa supone asumir la premisa del libre albedrío como base del concepto. En segundo lugar, existe la cuestión sobre los presupuestos materiales que habrán de comprobarse –tanto en las concepciones normativas como en las utilitarias- para apreciar la existencia de la culpabilidad. Estos criterios pueden ser de carácter empírico²⁵³, o normativo –valorativo o teleológico-²⁵⁴.

El principio de culpabilidad como límite al poder punitivo se refiere a una exigencia para la imposición de una pena adicional a la constatación de un hecho lesivo para bienes jurídicos evitable. Ello implica que la persona pueda y deba responder por tal hecho; y es en tal sentido que la culpabilidad constituye un límite a la intervención penal y por ende a los fines de prevención derivados de la realización del injusto. En últimas, este principio busca resaltar que la pena no sólo debe ser necesaria desde un punto de vista preventivo sino también justa, es decir, sólo debe imponerse a sujetos que la merezcan.

²⁵² Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 10.

²⁵³ Como ocurría en la concepción psicológica de la culpabilidad, al igual que en construcciones que mantienen la idea de la reprochabilidad, aunque concretándola en criterios tales como la normalidad o la motivabilidad. Considera LUZÓN PEÑA que la fórmula de “accesibilidad normativa” propuesta por ROXIN tiene en principio también este carácter. Estos criterios empíricos son empleados particularmente (pero no exclusivamente, como lo demuestra el caso de ARMIN KAUFMANN) por autores que rechazan la libertad de la voluntad como fundamento de la culpabilidad y atan la misma a consideraciones preventivas. Esta clase de criterios, sostienen, permiten sortear el problema del libre albedrío –como lo hace ROXIN- y posibilitan una verificación “más segura” de la culpabilidad. Puede observarse que los autores que emplean estos criterios parten de las más variadas orientaciones: así como hay indeterministas que no acuden a un fundamento utilitario, hay deterministas, indeterministas y agnósticos que sí tienen en cuenta consideraciones preventivas, y posturas como la de MIR PUIG, quien rechaza la prevención como fundamento de la motivabilidad normal, argumentando que ésta se deriva del principio de igualdad. Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, pp. 10-14.

²⁵⁴ Categoría en la que se incluye la concepción tradicional –y mayoritaria- de la culpabilidad como el poder actuar de otro modo, que se inscribe en la concepción normativa de la culpabilidad (“culpabilidad es reprochabilidad”); al igual que otras construcciones incompatibles con esta orientación normativa, como las tesis de JAKOBS. Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 18.

Luego, esta concepción del principio de culpabilidad conduce de forma inmediata a la pregunta acerca de los presupuestos materiales de la culpabilidad, o lo que es lo mismo, los presupuestos bajo los cuales resulta aceptable que el sujeto *responda* por la realización del hecho. Se trata de exigencias distintas a la garantía de responsabilidad subjetiva, que por supuesto también se defiende pero que, como se explicó anteriormente, probablemente sea más acertado deslindar del principio de culpabilidad como tal.

Esta función de garantía propia del principio de culpabilidad es la cuestión que nos ocupa en lo que sigue de este trabajo, donde se tratará de evaluar los posibles contenidos del principio y la categoría de la culpabilidad y la medida en que se satisfacen o no dicha exigencia. A continuación, se estudiarán las dos cuestiones fundamentales sobre la culpabilidad que se mencionaron. La primera remite a la discusión sobre el libre albedrío, y se continuará con la valoración de las concepciones utilitarias que cuestionan esta premisa, para concluir con la explicación de la teoría – normativa- que se considera más acertada y extraer de ella sus consecuencias más significativas.

4.1 EL FUNDAMENTO MATERIAL DE LA CULPABILIDAD

—*Yo no me ocupo de discusiones filosóficas: presupongo aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y sobre esta base edificada la ciencia penal que mal se construiría sin aquella*”²⁵⁵. Así comienza CARRARA su *Programa de Derecho criminal*, y puede afirmarse que –dejando de lado las ideas de la Escuela Positiva italiana- la doctrina del libre albedrío fue durante muchos años el fundamento de las construcciones teóricas jurídico-penales de la mayoría de la doctrina y específicamente del concepto de culpabilidad²⁵⁶.

²⁵⁵ CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho criminal*, T. I., Bogotá, Temis, 1978, Nota 2 del §1, citado en: NÚÑEZ, RICARDO CAYETANO, *Op. Cit.*, p. 67.

²⁵⁶ Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*, V. II., *Op. Cit.*, p. 317.

A raíz de las críticas de ENGISCH²⁵⁷, comenzó a cuestionarse fuertemente en Alemania la libertad de la voluntad humana y como consecuencia de ello se produjo una crisis de la idea de culpabilidad, que amenazaba con sacudir los cimientos de toda la ciencia del Derecho penal y de la pena misma. Se consideraba entonces que fundar el Derecho penal en el libre albedrío suponía una profesión de fe, que situaba la discusión por fuera del ámbito de los argumentos empíricos²⁵⁸. Una negación del libre albedrío o una postura agnóstica frente a éste conducirían a uno de dos posibles resultados: la abolición de la pena, en tanto no es posible la responsabilidad ni jurídica, ni moral; o una reformulación de la culpabilidad que prescindiera de la reprochabilidad, como ocurre con la sustitución de las penas por medidas de seguridad, con un puro sentido preventivo²⁵⁹.

Ante esta situación, algunos autores consideraron la culpabilidad y el libre albedrío como ficciones necesarias para el Estado, pero SCHÜNEMANN muestra de modo muy convincente por qué esta postura es innecesaria. En su opinión, los ataques contra el libre albedrío en Derecho penal surgen de un malentendido acerca de su función y contenido, que están íntimamente ligadas a un contexto. Considera este autor, que el libre albedrío no se reduce a un *—mero dato biofísico, sino que (es) una parte de la llamada reconstrucción social de la realidad—*²⁶⁰. Sería impensable la cultura occidental sin el mismo, como lo prueban las estructuras gramaticales más básicas en que expresamos nuestro pensamiento²⁶¹. Así, el libre albedrío tiene una incuestionable existencia en la realidad social, además de que se encuentra ínsito en la misma estructura del ordenamiento jurídico²⁶².

²⁵⁷ —*Es imposible crear el presupuesto, necesario para nuestro experimento, de que se trate de la misma persona en la misma situación. De ahí que el experimento no pueda realizarse con éxito y que no pueda responderse en este sentido exacto a la cuestión de haber podido actuar de otra manera*”, ENGISCH, KARL, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlín, De Gruyter, 1963, pp. 24-25. Citado en: GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Op. Cit.*, pp. 144, n. 16. PÉREZ MANZANO aclara que si bien con anterioridad se habían formulado críticas similares a la de ENGISCH, no tuvieron tanta repercusión, *Cfr.*, PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, p. 94.

²⁵⁸ *Cfr.*, GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Op. Cit.*, pp. 141-142, 144-145.

²⁵⁹ *Cfr.*, LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 4.

²⁶⁰ SCHÜNEMANN, BERND, *Op. Cit.*, p. 154.

²⁶¹ Como lo serían las estructura sujeto-predicado y la distinción entre voz activa y voz pasiva. *Cfr.*, SCHÜNEMANN, BERND, *Op. Cit.*, p. 155.

²⁶² *Cfr.*, SCHÜNEMANN, BERND, *Op. Cit.*, pp. 156-157.

Al determinismo tradicional se han sumado en años recientes *algunos*²⁶³ de los desarrollos de las neurociencias, según los cuales toda conducta humana está predeterminada por impulsos neuronales inconscientes. Aconseja HASSEMER a la ciencia del Derecho penal —*eludir, en una maniobra evasiva a gran distancia, esta discusión*”²⁶⁴, puesto que la Administración de Justicia no puede suspender sus juicios hasta que concluya un debate en el que no se avizora un fin. La discusión de los juristas con los neurocientíficos es desigual, pues no existen ni un objeto, ni un método ni instrumentos comunes; de tal suerte que los juristas son meros receptores y no partícipes del debate propio de la biología humana. Por lo demás, cree también este autor que el Derecho penal puede resistir aún en el hipotético evento en que se demostrara rotundamente la inexistencia del libre albedrío por parte de las neurociencias²⁶⁵.

También la ciencia del Derecho penal está llamada a hablar sobre el problema de la libertad. Lo anterior por cuanto es un principio fundamental de la teoría del conocimiento que “*toda ciencia sólo ve aquello a lo que sus instrumentos le permiten el acceso, y encuentra una respuesta únicamente allí en donde su instrumental le permite una pregunta que corresponda a la respuesta en el plano categorial*”²⁶⁶. Así, el prestigio y poder de que gozan actualmente las ciencias empíricas no deben conducirnos a capitular ante sus ideas, también en el campo del Derecho, como si fuesen la verdad revelada²⁶⁷.

²⁶³ Por ello menciona HASSEMER que aun así, se trata de una —*discusión interminable*” al interior de esta ciencia, Cfr. HASSEMER, WINFRIED, “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, en: *InDret*, Barcelona, 2011, p. 2. Igualmente, vale la pena resaltar la siguiente aclaración que realiza LUZÓN PEÑA: —*Si embargo, no todos los defensores de esta posición e las neurociencias llegan a la conclusión de que sea ilegítimo que la sociedad y el Derecho basen la culpabilidad y la responsabilidad en la aceptación social de la libertad de voluntad, pues bastantes de los que aceptan estas tesis como punto de partida matizan y consideran importante la función que para la estructura social representa la aceptación de la libertad*”, LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 20, n. 56, pp. 34 ss. Una exposición más amplia de los desarrollos de las neurociencias puede encontrarse en DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal”, en: *InDret*, Barcelona, 2011, pp. 5-14.

²⁶⁴ HASSEMER, WINFRIED, *Op. Cit.*, p. 3.

²⁶⁵ Cfr. HASSEMER, WINFRIED, *Op. Cit.*, pp. 4-5.

²⁶⁶ HASSEMER, WINFRIED, *Op. Cit.*, p. 6.

²⁶⁷ Cfr., HASSEMER, WINFRIED, *Op. Cit.*, p. 7. Por ello sostiene LUZÓN PEÑA que debe volverse a insistir, un siglo después en el aporte de las corrientes neokantianas a la ciencia del Derecho penal: el método de las ciencias naturales no es el indicado para el objeto de las “ciencias del espíritu”, Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 37.

El principio de la dignidad humana es un pilar jurídicopolítico fundamental de la cultura occidental moderna, que se manifiesta en el Derecho penal especialmente en el principio de imputación. Este principio, como acertadamente lo describe HASSEMER, *“recoge una orientación cotidiana y la reproduce para la específica estructura del Derecho penal; sin el principio de imputación, nuestro mundo sería completamente distinto –en el Derecho y en la vida cotidiana–”*²⁶⁸. La persona responsable es una construcción de la ciencia del Derecho, con un fuerte arraigo en la concepción social que tenemos del mundo y los problemas de que se ocupa esta disciplina no pueden ser adecuadamente comprendidos desde la estructura de las ciencias empíricas²⁶⁹.

Lo que está en juego no es sólo la culpabilidad, sino *–el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas–*²⁷⁰. De esta idea de persona responsable surgen nuestras expectativas de comportamiento frente a los demás y sin ella difícilmente podríamos vivir en sociedad²⁷¹. De lo anterior extrae HASSEMER un vigoroso argumento del que se vale para defender el libre albedrío como fundamento de la culpabilidad. La claridad del mismo justifica su transcripción *in extenso*: *–responsabilidad e imputación no descansan en conocimientos de la biología humana, sino en razones sociales. No sobreviven por ignorancia e irracionalidad, sino por conocimiento y experiencia. Sólo se abren a una consideración empírica en la medida en que esta perspectiva tenga la vista abierta hacia lo social y lo normativo: en la medida en que pueda ver que los seres humanos tratan entre ellos a través de una atribución recíproca de responsabilidad, y en la medida en que pueda comprender que tienen buenas razones para hacerlo. No son una ficción necesaria para el*

²⁶⁸ HASSEMER, WINFRIED, *Op. Cit.*, pp. 8-9.

²⁶⁹ HASSEMER, WINFRIED, *Op. Cit.*, p. 9.

²⁷⁰ HASSEMER, WINFRIED, *Op. Cit.*, p. 9.

²⁷¹ Es muy dicente el argumento presentado por LUZÓN PEÑA, en el sentido de que el determinismo se socava a sí mismo: *–Y por cierto: el uso de la racionalidad y la razón presupone también, entre otras cosas, que se pretende influir con la fuerza racional y plausibilidad de los argumentos para convencer a los otros. Si no fuera así, carecería de sentido toda discusión pretendidamente racional y razonable en la ciencia, la lógica, la filosofía, la política, etc.: ¿para qué se esfuerzan p. ej. los neurocientíficos y los deterministas en convencer a los demás en esta materia, si resulta que la decisión de adoptar una u otra posición al respecto no va a ser tomada racionalmente por la voluntad consciente, sino determinada totalmente y adoptada en cualquier caso ya antes por impulsos inconscientes, incontrolables y no accesibles a la argumentación racional?–*, LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 36, n. 101.

mantenimiento del Estado”, sino instrumentos que están a la altura de los tiempos y se corresponden con el objeto formal del Derecho penal”²⁷².

Otro autor que se ha empeñado en combatir la negación del libre albedrío en el Derecho penal, al igual que la posición agnóstica frente al mismo, es LUZÓN PEÑA, quien emplea argumentos cercanos a los de HASSEMER: *—El concepto jurídico-penal de culpabilidad puede y debe partir de las convicciones sociales mayoritarias sobre la libertad de los seres humanos en condiciones normales, porque como veremos tienen una indiscutible base racional y empírica y porque por todo ello están reflejadas en los valores y principios básicos de la Constitución y del Derecho*”²⁷³. El doble fundamento del libre albedrío (empírico por un lado —en la llamada *imagen del hombre*—, y normativo y constitucional por otro —por el principio de dignidad humana y de autodeterminación—) se encuentra muy extendido en la doctrina²⁷⁴.

Resalta LUZÓN PEÑA además, que el debate en ocasiones se plantea pensando en delitos muy graves frente a los cuales surge precisamente la duda de si intervino o no la voluntad consciente en su comisión. Sin embargo, se olvida que en la inmensa mayoría de delitos *—no tiene sentido hablar de impulsos inconscientes o incontrolables como motivación de la actuación, sino que es evidente que esta responde a cálculos e intereses egoístas y por tanto a decisiones racionales*”²⁷⁵.

La profunda convicción y experiencia humana de libertad se manifiestan en toda clase de normas y prácticas sociales, que parten de la libertad de voluntad y la consiguiente responsabilidad del individuo, de tal suerte que si se negara el libre albedrío los resultados serían catastróficos. La educación, al igual que otros mecanismos sociales de contención de conductas socialmente lesivas carecerían de sentido. Así, no son sólo las pretensiones de justicia y de prevención del Derecho penal las que caerían en el vacío²⁷⁶.

²⁷² HASSEMER, WINFRIED, *Op. Cit.*, p. 10.

²⁷³ LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 5.

²⁷⁴ Da cuenta de los planteamientos de una gran cantidad de autores: *Cfr.*, LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, pp. 22-27.

²⁷⁵ LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 33.

²⁷⁶ *Cfr.*, LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, pp. 37-38.

Además de este *—abrumador dato sociológico—* a que ya había hecho referencia HASSEMER, los ordenamientos jurídicos modernos consagran principios de supremacía constitucional que apuntan en la misma dirección²⁷⁷. LUZÓN PEÑA cita: el principio de libertad, el de dignidad humana (que presupone la libertad y la responsabilidad como su reverso), el libre desarrollo de la personalidad, la justicia y la igualdad, sin olvidar la misma idea del Estado de Derecho²⁷⁸. Por otra parte, los Códigos Penales modernos también se suelen basar en esta misma concepción y parten de la premisa de que la libertad no debe probarse en cada caso concreto sino que sólo se excluye negativamente²⁷⁹.

Por todas las razones que se expusieron, consideramos el libre albedrío como presupuesto insustituible de la culpabilidad y de la pena. La conveniencia y necesidad de considerarlo como fundamento de la culpabilidad se justificarán además por las razones que se señalan a continuación sobre algunas de las concepciones utilitarias que lo han puesto en duda.

Ahora bien, en todo caso debe quedar claro que el papel de garantía del principio de culpabilidad en el Derecho penal de un Estado de Derecho trasciende la discusión del libre albedrío, pues de lo que trata la culpabilidad en el Derecho penal es de establecer los presupuestos necesarios de la atribución *justa* de la pena; y para ello, el libre albedrío constituye el presupuesto de lo que en la actualidad se considera un trato justo y digno²⁸⁰.

²⁷⁷ Desde el Derecho internacional de los derechos humanos, *Cfr.*, ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, p. 523.

²⁷⁸ *Cfr.*, LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, pp. 38-39. En la Constitución Política de Colombia pueden encontrarse estos principios en el preámbulo y en los siguientes artículos: 1 (Estado de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana), 13 (derecho a la igualdad), 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad), y la libertad en diversas normas, como los artículo 17, 18, 19 y 20.

²⁷⁹ *Cfr.*, LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 40. Así, el principio rector de dignidad humana que se encuentra en el artículo 1 del Código Penal colombiano, al igual que los artículos 9 y 12 que se refieren a la culpabilidad y particularmente el 33 que trata la inimputabilidad en términos que suponen la libertad de la voluntad.

²⁸⁰ *Cfr.*, FERRAJOLI, LUIGI, *Op. Cit.*, pp. 494, 498.

La cuestión central, como ya se mencionó, es en qué medida un determinado concepto de culpabilidad satisface las exigencias que el principio de culpabilidad en su función de garantía impone al Derecho penal. Es por ello que a continuación se aborda el debate entre las concepciones utilitarias y de justicia como fundamento de la culpabilidad. Y debe resaltarse desde ahora que el contenido que se dé a la culpabilidad tiene importantes repercusiones a la hora de analizar las eximentes, toda vez que su interpretación y por tanto la extensión de sus límites dependerán de la fundamentación ofrecida.

4.2 LAS CONCEPCIONES UTILITARIAS DE LA CULPABILIDAD

Desde la orientación que ya se apuntó del principio de culpabilidad como límite a la intervención penal, se intentará a continuación valorar críticamente la capacidad de rendimiento de las concepciones utilitarias de la culpabilidad. La medida en que una determinada concepción de la culpabilidad satisfaga o no estas exigencias debe ser el criterio para su aceptación, puesto que de allí se derivan importantes consecuencias para la interpretación de los diferentes elementos de esta categoría.

La mayoría de las concepciones utilitarias de la culpabilidad ha surgido desde orientaciones que niegan el libre albedrío o que parten de un agnosticismo frente al mismo, por lo que se les pueden formular las críticas expuestas anteriormente, además de algunas objeciones particulares.

Inicialmente se tratarán las críticas generales a la fundamentación utilitaria de la culpabilidad, que básicamente están referidas a la desaparición de la función de límite y el olvido de la perspectiva del individuo concreto. Igualmente se estudiarán algunas objeciones particulares que se dirigen a las diferentes teorías utilitarias. Por último, de la mano de la exposición de los planteamientos de GIMBERNAT, se expondrán las críticas concretas a la reconstrucción de los elementos de la culpabilidad desde criterios preventivos.

Se valorarán tanto las posturas que proponen una sustitución de la culpabilidad por la necesidad de pena (GIMBERNAT); las tesis más moderadas que o bien eluden el debate del libre albedrío (ROXIN), o lo sostienen pero también fincan la fundamentación de varias eximentes en la necesidad de pena (SCHÜNEMANN)²⁸¹; y las concepciones funcionalistas radicales (JAKOBS)²⁸². Sin embargo, únicamente se expondrá la teoría de GIMBERNAT, pues en lo referente a los otros autores se remite a lo ya explicado²⁸³. Dado que mantiene una argumentación muy similar a la de ROXIN, las críticas que se le formulan pueden en gran medida extenderse a este autor, aunque se enunciarán otras objeciones dirigidas particularmente a JAKOBS y a ROXIN.

Comenzando ahora sí con las críticas generales a la fundamentación utilitaria de la culpabilidad, compartimos la opinión de BUSTOS RAMÍREZ²⁸⁴, quien se muestra escéptico frente a que la necesidad de pena, por la que autores como GIMBERNAT propone sustituir la culpabilidad, realmente pueda cumplir esta función de garantía. Al respecto sostiene que *“la necesidad como tal es un concepto vacío”* y los criterios de prevención y del rango de los bienes jurídicos no permiten explicar todos los fenómenos que se presentan en la categoría de la culpabilidad, y por tanto no cumple la misma función de garantía.

En un sentido similar se pronuncia PÉREZ MANZANO, cuando afirma que el criterio preventivo *“es un criterio vago e indeterminado, que permite que las argumentaciones fundadas en él conduzcan hacia distintos objetivos; y (...) supone una generalización de la responsabilidad penal, ya que las necesidades de prevención general o especial no dependen de la contribución del sujeto al hecho, sino de la valoración de cuestiones*

²⁸¹ Cfr., PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, p. 204

²⁸² En nuestro país, las tesis de JAKOBS son seguidas por MONTEALEGRE LYNETT, Cfr., MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO, “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”, en: EL MISMO (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 21-36.

²⁸³ *Vid., Supra*, 2.4.

²⁸⁴ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II.*, *Op. Cit.*, p. 320.

ajenas a él; por ello no sirve para cumplir la función de individualización de la responsabilidad penal”²⁸⁵.

La incapacidad para cumplir la función de individualización y su dudosa utilidad limitadores son comunes a las concepciones utilitarias de la culpabilidad que se estudiarán. Obviamente estos rasgos se encuentran más acentuados en concepciones radicales como la de JAKOBS, pero veremos que también propuestas más moderadas como la de ROXIN enfrentan dificultades similares.

Algunas de las críticas que dirige ROXIN contra la concepción de JAKOBS, ya esbozadas²⁸⁶, fueron expresadas por BARATTA desde 1985²⁸⁷. También SCHÜNEMANN, quien asume una posición muy cercana a la de ROXIN –salvo por su defensa del libre albedrío–, considera dogmáticamente equivocada la propuesta extrema de JAKOBS, pues la misma entrañaría un riesgo grave para los principios limitadores del Derecho penal²⁸⁸. Ello por cuanto reconducir la tradicional categoría de la culpabilidad a la mera necesidad de pena a lo sumo podría fundamentar la utilidad de ésta, pero no así su justificación en términos axiológicos o valorativos, necesaria si aún se quiere respetar el principio de la dignidad humana²⁸⁹.

Señala SCHÜNEMANN que la argumentación funcional sólo se refiere a la utilidad de la pena para alcanzar un fin, pero aún es necesario analizar si dicho fin debe prevalecer sobre otros. Para determinar entonces si son más valiosos los bienes jurídicos de la persona que se vería afectada por la pena, o el efecto preventivo de ésta, sería necesario acudir a un principio normativo²⁹⁰. Sólo así, la imposición de la pena será justa y

²⁸⁵ Esta función individualizadora, que se refiere a una “*diferenciación de los autores en función de su contribución subjetiva al delito*” se explicará con detenimiento más adelante, *Vid., Supra* 4.3. *Cfr.*, PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, pp. 139, 159.

²⁸⁶ *Vid., Supra*, 2.4.

²⁸⁷ BARATTA, ALESSANDRO, *Op. Cit.*, pp. 1-24.

²⁸⁸ En el mismo sentido, BARATTA, ALESSANDRO, *Op. Cit.*, p. 6: —*Deesa forma, los dos baluartes erigidos por el pensamiento penal liberal para limitar la actividad punitiva del Estado frente al individuo —el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y el principio de culpabilidad— parecen desplomarse definitivamente y son sustituidos por elementos de una teoría sistémica en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y el Derecho, para convertirse en un —sistema físico-síquico— al que el Derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social*”.

²⁸⁹ *Cfr.*, SCHÜNEMANN, BERND, *Op. Cit.*, p. 160.

²⁹⁰ *Cfr.*, SCHÜNEMANN, BERND, *Op. Cit.*, p. 160, n. 36.

defendible no sólo frente a la colectividad, sino frente al individuo que habrá de sufrirla²⁹¹.

El principio de culpabilidad, a juicio de SCHÜNEMANN, es necesario como “barrera garantística” para argumentar que el individuo *—sabía o podía saber lo que le esperaba y que, en consecuencia, sólo recibe lo que pudo prever y evitar—*²⁹². De no existir tal principio, las consideraciones preventivas podrían hablar a favor de la imposición de la pena aún por hechos frente a los cuales no puede formularse un reproche personal al individuo²⁹³.

En el mismo sentido se pronuncia BUSTOS RAMÍREZ, quien si bien considera que debe existir una correspondencia entre los fines de la pena y sus presupuestos, sirviendo aquellos como un complemento y para fijar algunos aspectos, juzga errado el método consistente en *—trasvasar el contenido de la pena a sus presupuestos—*²⁹⁴. Lo anterior por cuanto *—de lo que se trata es de indagar en los principios materiales que sustentan esos presupuestos, que en el caso de la tipicidad y antijuridicidad es el bien jurídico—*²⁹⁵. Los criterios de prevención, al estar referidos al sentido del poder punitivo, no están en condiciones de explicar por qué a un individuo concreto se le impone una sanción. Aunque a la prevención se le impongan las exigencias de racionalidad y

²⁹¹ Cfr., SCHÜNEMANN, BERND, *Op. Cit.*, p. 161. En la misma línea, BUSTOS RAMÍREZ: *—Esta concepción de la culpabilidad desobjetiva al individuo ya que la conciencia y el fin de éste no puede ser otro que la finalidad del sistema. (...) En otras palabras, está identificando el fin de la pena que es la fidelidad al Derecho y, en último término, también el fin del sistema, con la conciencia y fin del individuo. Por eso la culpabilidad es fundamento de la pena y se puede imponer al individuo. Un círculo total y absolutamente vicioso—*. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, p. 321. Así también BARATTA, ALESSANDRO, *Op. Cit.*, p. 3.

²⁹² El principio de proporcionalidad, por ejemplo, no permite fundamentar adecuadamente la inadmisibilidad de instrumentalización del ser humano. Cfr., SCHÜNEMANN, BERND, *Op. Cit.*, p. 162.

²⁹³ El ejemplo que se plantea al respecto se refiere a la criminalidad económica, ámbito en el cual se presenta una gran dificultad para obtener las pruebas sobre la culpabilidad individual. En tales casos, si se recurriera únicamente a criterios preventivos, sería aconsejable la imposición de penas sin culpabilidad. Éstas tendrían un gran efecto disuasorio: todos advertirían lo ilusorio de su confianza en la necesidad de tales pruebas, puesto que no serían necesarias para la condena. Cfr., SCHÜNEMANN, BERND, *Op. Cit.*, pp. 163-165.

²⁹⁴ Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, p. 330.

²⁹⁵ Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, p. 330.

proporcionalidad, son necesarios aún los *presupuestos de la sanción*, cuya esencia es la de ser genuinos límites²⁹⁶.

Por otro lado, una de las principales objeciones que se formulan frente a autores como ROXIN, que no fundan la culpabilidad en el libre albedrío pero recurren a criterios empíricos como la normalidad motivacional o asequibilidad normativa es la siguiente: si se constatan individualmente, coincide en el fondo con el poder obrar de otro modo. Y en el supuesto en que se determinaran como una generalización (para un hombre medio en las mismas circunstancias), el hecho de trasladar esa suposición a un individuo concreto supone una atribución no verificable, que ya se critica por muchos en la tesis del poder actuar de otro modo que procede así²⁹⁷.

Además, no parece claro cómo se puede conciliar este criterio con las posiciones deterministas o agnósticas, pues si el sujeto no era libre o no podemos saberlo, ¿cómo se explica el hecho de que exista culpabilidad por el simple hecho de que la conducta se haya cometido en circunstancias de motivabilidad normal?²⁹⁸. Ello por cuanto el argumento de las expectativas sociales que frecuentemente se emplea para justificar la no culpabilidad de la persona no motivable normalmente, no es suficiente.

LUZÓN PEÑA esgrime un argumento decisivo en este sentido, por lo que se justifica transcribirlo *in extenso*: —si por mucho que haya ex ante normalmente más oportunidades (“chances”) de resistencia en el sujeto normalmente motivable por las normas, *ex post se comprueba que en el sujeto y caso concreto esa expectativa era infundada precisamente porque delinquirió*, es decir si no pudo decidirse a favor de la norma porque tuvo otros motivos, conscientes o inconscientes, para infringirla más

²⁹⁶ Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*, V. II., *Op. Cit.*, p. 330. La clasificación entre modelos *output* e *input* empleada por PÉREZ MANZANO pretende diferenciar las teorías que intentan una fundamentación desde criterios extraños a la culpabilidad (como la prevención) y aquellas que emplean criterios diferentes de la pena y que responden a la lógica interna de la culpabilidad, Cfr., PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, p. 145. ZAFFARONI es un ejemplo claro de esta última postura: *la culpabilidad es un juicio de reproche que no tiene por objeto legitimar el ejercicio del poder punitivo, sino señalar un filtro, o sea, proporcionar un criterio racional de limitación del ejercicio de ese poder*”, ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, p. 512.

²⁹⁷ Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, pp. 14-15. También, Cfr., PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, p. 149.

²⁹⁸ Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 16.

fuertes y que no pudo resistir (si nadie puede actuar de otro modo a como lo hace), no se entiende por qué va a pesar más la expectativa inicial de resistencia normal que posteriormente se demuestra infundada y por qué se le va a “imponer” por ello responsabilidad (...). Y realmente *lo mismo sucede si, aunque no se comparta el determinismo, se parte de la indemostrabilidad de la libertad* y la posibilidad de decidir y actuar de otro modo el sujeto concreto *en el caso concreto; pues en un Derecho penal y procesal penal en el que rige el in dubio pro reo* en cuanto a la demostración de lo fáctico si no se puede estar seguro, y por tanto hay una duda razonable e insoluble, de que el sujeto concreto tuviera o no capacidad para decidir y actuar de otro modo, habría que inclinarse por la hipótesis más favorable al reo, la de que no tenía capacidad y por tanto no declararle culpable o responsable por mucho que fuera normalmente motivable”²⁹⁹.

La duda que surge entonces es si la “capacidad de respuesta a la norma” o “asequibilidad normativa” son criterios que cumplan con las exigencias del principio de culpabilidad³⁰⁰. En opinión de LUZÓN PEÑA³⁰¹, la tesis de ROXIN sobre la “asequibilidad normativa” coincide en lo esencial con la fórmula de la libertad de autodeterminación, debido a que se funda en la libertad como aserción normativa. Sin embargo, estima el autor español, con razón, que no es conveniente el planteamiento de ROXIN de considerar las tradicionales eximentes de culpabilidad como casos de no necesidad de pena, sin vincularlos a la culpabilidad que las dotaría de un fundamento más sólido.

Como se verá más adelante³⁰², pueden distinguirse tres elementos que componen la culpabilidad: i) la imputabilidad; ii) la posibilidad de comprensión de la ilicitud de la conducta; y iii) la exigibilidad penal individual³⁰³. En la tesis de ROXIN, sólo el primer elemento se encuentra verdaderamente presente, mientras que las consideraciones de

²⁹⁹ LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, pp. 16-17 (resaltas originales del texto).

³⁰⁰ Sobre este punto, da una respuesta afirmativa, SCHÜNEMANN, BERND, *Op. Cit.*, p. 169.

³⁰¹ *Cfr.*, LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 31. En contra, PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, p. 213.

³⁰² *Vid., Infra*, 5.

³⁰³ En estricto sentido, los primeros dos elementos pueden reconducirse también a la exigibilidad, puesto que esta idea puede entenderse como la esencia de la culpabilidad. Sin embargo, lo que interesa resaltar en este punto es que además de los supuestos de inexigibilidad por inimputabilidad o falta de la potencial comprensión del injusto, pueden presentarse otros casos de no exigibilidad que obedezcan a otra clase de razones.

exigibilidad se desvanecen en la categoría de la responsabilidad, que atiende exclusivamente a criterios preventivos. Así, ocurre también con el estado de necesidad en los planteamientos de GIMBERNAT, como ya se vio.

Estima también VARONA³⁰⁴ que es correcto el planteamiento de HART en el sentido de que el reconocimiento de las eximentes no puede librarse al cálculo de la utilidad colectiva, por cuanto su respeto supone la garantía del respeto de los derechos del individuo ante el poder punitivo. En este orden de ideas, correría peligro esta función de garantía del principio si se fundamentara en el cálculo sobre la utilidad preventiva, puesto que esta doctrina sólo defiende los derechos del individuo de manera indirecta (por la alusión a la inseguridad jurídica), además de que no existe certeza sobre los verdaderos efectos preventivos concretos que pueda tener el Derecho penal³⁰⁵.

Así, la importancia que estas doctrinas reconocen a las necesidades de prevención general lleva a que no estén en condiciones de evitar que en ocasiones se considere más útil no reconocer las eximentes³⁰⁶. Lo anterior, sumado al hecho de que estas concepciones pierden de vista la perspectiva individual, constituye la crítica más importante que puede formularse con carácter general a esta clase de teorías. Sin embargo, aún pueden dirigirse algunas críticas adicionales a la reconstrucción de los elementos de la culpabilidad desde criterios preventivos, como se verá a continuación siguiendo la exposición de los planteamientos de GIMBERNAT.

Inicialmente, vale la pena resaltar la postura de GIMBERNAT sobre la discusión del libre albedrío. Desde una postura decididamente agnóstica, estima este autor que el problema del libre albedrío en realidad no tiene una importancia decisiva para el respeto de las garantías jurídicopenales: *—Si en una sociedad están verdaderamente afianzados los derechos del hombre, no hace falta preocuparse por la solución que se dé al problema*

³⁰⁴ En palabras de DWORKIN, el rasgo esencial de un derecho es la protección que brinda al individuo, incluso al precio del interés general. Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, “El miedo insuperable y la ética del hormiguero: reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, No. 12, Santiago de Chile, 2010, p. 71. Las ideas tomadas de este artículo de VARONA pueden encontrarse desarrolladas más ampliamente en VARONA, DANIEL, *El miedo insuperable, una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, Comares, 2000. Sin embargo, todas las citas de este trabajo corresponden al primer artículo citado.

³⁰⁵ Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 71.

³⁰⁶ Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 70.

del libre albedrío, pues las consecuencias que se extraigan de la solución –positiva o negativa- adoptada, siempre tendrán sus límites en aquellos derechos”³⁰⁷.

Para GIMBERNAT, la pena es un *—elemental recurso al que tiene que acudir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres—*, por más que sea una *—amarga necesidad—*³⁰⁸, y constituye un error creer que la misma sólo es admisible y sólo se está a salvo de la arbitrariedad cuando se funda sobre la base del libre albedrío³⁰⁹. La pena tiene entonces como función, independientemente de la libertad de la decisión del individuo, *—reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social (...)*³¹⁰. En opinión de este autor, la dignidad humana y las garantías asociadas a ésta no tienen que basarse necesariamente en la aceptación del libre albedrío, y bien pueden derivarse de las consideraciones de eficacia social que dotan de sentido al Derecho penal³¹¹.

Procede entonces el autor español a reconstruir los elementos de la culpabilidad desde el criterio de la necesidad de pena. Por ejemplo, sostiene GIMBERNAT³¹² que el comportamiento delictivo de los inimputables no afecta el carácter inhibitorio general de las normas penales, puesto que los imputables se saben diferentes a aquellos y aceptan su impunidad. Además, por su escasa motivabilidad, la pena no sería efectiva frente al inimputable como un factor inhibitorio; una vez cometido el hecho, la pena no cumple ningún propósito, siendo preferible el tratamiento médico. A esto se ha replicado que no todos los inimputables son inmotivables o no susceptibles de intimidación, como parece ocurrir al menos con los menores de edad³¹³.

³⁰⁷ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Op. Cit.*, p. 146. Afirmación con la que no se está de acuerdo, como se demostrará enseguida.

³⁰⁸ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Op. Cit.*, pp. 148-149.

³⁰⁹ Cfr., GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Op. Cit.*, pp. 144-145.

³¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Op. Cit.*, p. 148.

³¹¹ Se atendería igualmente a los criterios del bien jurídico lesionado y al de la modalidad dolosa o culposa de la conducta -entre otros-, para graduar la pena y evitar la arbitrariedad: *—La pena es un instrumento sumamente sensible de encauzamiento social y no se puede hacer uso de él —si no se quiere correr el peligro de destruir su efectividad y de introducir el desconcierto en los controles humanos de la conciencia- caótica y anárquicamente—*, Cfr., GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Op. Cit.*, pp. 151-152, p. 155, n. 40. No obstante, estos criterios siguen siendo insuficientes para limitar el poder punitivo, como lo ha puesto de relieve PÉREZ MANZANO, Cfr., PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, pp. 154-159.

³¹² Cfr., PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, pp. 147-148.

³¹³ Cfr., PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, p. 149.

En cuanto al error de prohibición invencible, considera también GIMBERNAT³¹⁴ que su impunidad no disminuye el efecto inhibitorio de la pena frente a los que no son ignorantes de la tipificación penal. Y frente al mismo individuo que actúa en error invencible de prohibición, la pena no aumentará la eficacia inhibitoria, por su misma ignorancia. No obstante, BUSTOS RAMÍREZ atinadamente argumenta que *—se podría sostener que es preferible el principio del error iuris nocet, pues con ello se logra una mayor preocupación por parte de los ciudadanos de informarse sobre la norma penal, etcétera—*³¹⁵.

Por último, frente a otros supuestos de inexigibilidad, como lo podrían ser el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable, el argumento principal proviene de ROXIN, quien sostiene que es innecesaria la sanción desde la óptica de la prevención especial, puesto que el autor está integrado socialmente y la acción fue realizada en el marco de unas circunstancias extraordinarias. Además, tampoco habría necesidad de pena desde una perspectiva preventivogeneral puesto que se trata de situaciones muy infrecuentes y el efecto motivador de la norma generalmente no funcionaría en tales casos³¹⁶.

GIMBERNAT toma en consideración en dicho cálculo de utilidad, además de la función preventiva de la pena, factores como los costes que la pena supone para el individuo y la inseguridad que genera la posibilidad de que los individuos se vean sometidos a un castigo arbitrario. Así, se tendrían en cuenta los costes sociales derivados de no tener en cuenta las eximentes. No obstante, como lo indica VARONA, esta fundamentación es insatisfactoria, puesto que la alusión a los costes sociales no conduce a una afirmación radical de las eximentes, sino que por el contrario, puede conducir a ocultar los problemas que genera su existencia. Según BURKHARDT, el efecto de inseguridad general no deriva de la inexistencia de las eximentes, sino de que se conozca

³¹⁴ Cfr., PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, p. 151-152.

³¹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II.*, *Op. Cit.*, p. 326. También, Cfr., PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, p. 152.

³¹⁶ Cfr., ROXIN, CLAUS, “Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien”, en: *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*, Berlín, De Gruyter, 1974, p. 183, citado por: PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, p. 153.

públicamente el castigo sin atención a tales eximentes. Esta problemática circunstancia es reconocida aún por autores utilitaristas como SIDGWICK y SMART³¹⁷.

La fundamentación utilitarista del miedo insuperable ha sido estudiada críticamente por VARONA³¹⁸, aunque se considera que las conclusiones pueden extenderse también al estado de necesidad exculpante³¹⁹. En cuanto a la fundamentación de la imputabilidad y del error de prohibición invencible, suele acudir al precitado argumento de la motivabilidad o de la asequibilidad normativa³²⁰, que ya fue comentado, y también se tratará a continuación más detenidamente la fundamentación desde el principio de (in)efectividad de la pena.

En los escritos de BENTHAM se plantean dos justificaciones de la eximente del miedo insuperable (*duress*) desde las doctrinas utilitarias: i) la derivada del principio del mal menor; y ii) la que resulta del principio de (in)efectividad de la pena³²¹.

Aun cuando el principio del mal menor resulta útil para justificar los casos en que se causa un mal menor al que se evita³²² —lo que no parece ser suficiente para la eximente, como se verá luego—, se topa con un interrogante decisivo: ¿cómo ha de realizarse el cálculo de utilidad?; ¿lo determinante es la utilidad derivada del acto concreto o la utilidad genérica resultante de elevar tal acción a regla de conducta? Si se opta por la primera alternativa, se desvanecen las posibilidades de absolución al tener en cuenta las

³¹⁷ Sobre el argumento de GIMBERNAT y las críticas al mismo, Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, pp. 68-69.

³¹⁸ VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, pp. 61-96.

³¹⁹ Como lo señala VARONA, los mismos riesgos se advierten frente a fundamentaciones utilitarias del estado de necesidad como la de ROXIN, que hace alusión a la —*frecuencia de las situaciones*—, o de TIMPE, quien siguiendo a JAKOBS, se refiere a la —*generalización del motivo del conflicto*—, Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 70.

³²⁰ Cfr., ROXIN, CLAUS, *Op. Cit.*, p. 863.

³²¹ Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 64.

³²² O un mal igual al causado, en opinión de LARRAURI, pues no se determina un curso de acción preferente con criterios de utilidad —se genera tanta felicidad como infelicidad—, LARRAURI PIJOAN, ELENA, “Causas de justificación: criterios de identificación”, en: HASSEMER, WINFRIED / LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 89. También Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 65.

posibles consecuencias de la generalización de la conducta, como lo ha resaltado FLETCHER en la doctrina anglosajona³²³.

Hemos visto que el principio del mal menor no es satisfactorio y resta entonces analizar si el principio de (in)efectividad de la pena está en capacidad de ofrecer una fundamentación de la eximente también para los casos en que se causa un mal mayor al que se evita. Desde este principio, como ya se anotó, se argumenta que la pena sería inútil en su misión de prevenir los delitos puesto que el individuo actuó en una situación de no motivabilidad por la norma.

Sin embargo, esta fundamentación también enfrenta dificultades como lo pone de relieve VARONA³²⁴: en primer lugar, se debe demostrar que en el evento concreto la persona era inmotivable, lo que en opinión de autores como FINKELSTEIN y LUZÓN PEÑA, restringe la eximente a casos muy limitados, cuando parece haber acuerdo en la doctrina sobre la existencia de muchos supuestos en lo que esto no ocurre pero debe operar la eximente. Lo que es más grave es que incluso puede llevar a justificar una mayor pena que actúe de contrapunto a la amenaza que produce por ejemplo el miedo insuperable.

Además, si se considera la inmotivabilidad como una presunción normativa, articulada desde la figura-baremo del hombre medio, no se hace más que desplazar el problema a otras consideraciones: si se acepta que la persona no es, de hecho, inmotivable, debe justificarse que la renuncia a la pena trae mayor utilidad a la sociedad. Pero aún en este caso, se presentaría un segundo problema: no se garantiza siempre y en todos los casos la ineffectividad de la pena. Como lo pone de presente VARONA, autores como HART, FLETCHER Y STRATENWERTH consideran que el argumento de BENTHAM sobre la ineficacia constituye un *non sequitur*, puesto que sólo se prueba que la amenaza de la pena será inefectiva frente a personas inmotivables, no así con el resto de la sociedad.

³²³ Esta limitación de las eximentes por razones de utilidad general también ha sido constatada en la doctrina angloamericana por WERTHEIMER: por ejemplo en los casos de testigos que se niegan a declarar al ser amenazados por la mafia, los tribunales se han apoyado en estas consideraciones utilitarias para restringir el alcance de las eximentes. En la doctrina española, esta tendencia restrictiva derivada de la orientación teleológica, con desmedro de las exigencias de justicia en el caso individual, también ha sido advertido por SILVA. *Cfr.*, VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 64, 70.

³²⁴ *Cfr.*, VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, pp. 66-67.

Lo anterior por cuanto se podría de este modo obtener un grado de conformidad mayor del resto de la sociedad, que el resultante de reconocer las eximentes³²⁵.

Como puede observarse en la exposición anterior, las concepciones utilitarias no están en capacidad de cumplir con las exigencias que el principio de culpabilidad impone a la categoría dogmática de la culpabilidad. Tales construcciones teóricas no constituyen límites claros a la intervención penal, sino que, por el contrario, las consideraciones preventivas tienen un sentido ambiguo que fácilmente puede derivar en la extensión de la punibilidad.

4.3 LA CULPABILIDAD COMO CRITERIO DE JUSTICIA Y SUS CONSECUENCIAS

Indica con acierto LUZÓN PEÑA que la culpabilidad se basa en *—el conjunto de valores y principios que suponen los cimientos del sistema constitucional—*, especialmente en la justicia, la libertad y la dignidad humana³²⁶. Reviste particular importancia el hecho de que esta categoría esté asociada al principio de justicia, elemento que se suele olvidar en las concepciones utilitarias. En efecto, la culpabilidad *—se basa en la justicia porque imponer una sanción tan grave como la pena criminal sólo es justo si el agente tenía libertad para no haber cometido el hecho típico, pero sería injusto si no era libre, y así lo percibe además la conciencia social—*³²⁷.

En segundo lugar, la culpabilidad está asociada al principio de la libertad, puesto que sería injusto tratar de igual modo a quienes tenían la posibilidad de actuar de otra manera y a quienes no podían o sólo lo podían en menor grado. Finalmente, la dignidad humana es el fundamento último de la culpabilidad, por cuanto —y esto es de vital importancia— al individuo *“se le exige responsabilidad penal precisamente en atención a*

³²⁵ En el mismo sentido, *Cfr.*, PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, p. 150. Otro argumento a favor del castigo sería evitar que se indujera a engaño al juez con la alegación de una eximente, que frecuentemente tienen un contenido emotivo de difícil constatación. *Cfr.*, VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 68.

³²⁶ LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 40.

³²⁷ LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 40.

que es una persona libre y por ello responsable del ilícito cometido, aunque ello sirva también para la necesaria prevención general, mientras que se la instrumentaría como mero objeto, no como ser digno en y por sí mismo, si se declarara culpable y se impusiera pena a alguien que no podía actuar de otro modo o que no lo sabemos, pero, como argumentan las concepciones puramente preventivas, que es normal y por ello interesara declararle responsable por ser útil o conveniente para la prevención general de delitos de los demás sujetos normales”³²⁸.

De esta fundamentación se deduce el papel tradicional que se atribuye mayoritariamente al principio de culpabilidad en la doctrina continental —en las doctrinas no utilitarias³²⁹, el cual se explicará desde los planteamientos de autores como BUSTOS RAMÍREZ, LUZÓN PEÑA, ZAFFARONI, VARONA, y en nuestro medio en autores como ROMERO SOTO, PÉREZ, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, VELÁSQUEZ, GÓMEZ LÓPEZ, CÓRDOBA ANGULO, SOTOMAYOR, entre otros.

El criterio más tradicional y que goza de mayor aceptación en la doctrina es el “poder actuar de otro modo”, fórmula que se fundamenta en la afirmación expresa del libre albedrío o en la consideración de éste como una premisa normativa. Esta teoría se formula en los siguientes términos: *—la doctrina penal claramente dominante mantiene que el sujeto actuó libremente al decidir realizar un injusto típico y podía haber actuado de otro modo, o sea haber evitado infringir la norma, por lo que se le puede reprochar el hecho, mientras que si por cualquier causa no tenía libertad y no podía actuar de otro modo y respetar la norma, el hecho no le será reprochable”³³⁰.*

A esta postura se le ha objetado que es inexacta como fundamento de la culpabilidad, puesto que en muchos casos se excluye la culpabilidad en personas que sí podían actuar de modo diverso, por lo que no falta la libertad y se les estaría exculpando por situaciones de inexigibilidad u otras consideraciones normativas. Ante esta crítica,

³²⁸ LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 41.

³²⁹ Entre las doctrinas no utilitarias se encuentran la del merecimiento kantiana (retribucionista) y la mixta (en sus diversas versiones). Ambas exigen como requisito esencial de imposición de la pena, la atribución individual de responsabilidad, ya sea porque se trate de una exigencia propia de la concepción del castigo (como en la doctrina kantiana), o como correctivo a las dificultades que presentan las doctrinas utilitarias a la hora de justificar la pena (en las teorías mixtas). *Cfr.*, VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 72.

³³⁰ *Cfr.*, LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, p. 19.

responde LUZÓN PEÑA que la libertad es un elemento necesario para la culpabilidad, pero no suficiente, pues existen otras razones que deben tenerse en cuenta. Así, el poder actuar de otro modo será un criterio empírico-normativo: la reprochabilidad se funda en el libre albedrío del individuo, su posibilidad de conocer el sentido de las normas y determinarse normalmente de acuerdo con esta comprensión, y también en ciertas valoraciones normativas que determinan la exigibilidad individual (que en algunos casos harían comprensible o disculpable la actuación)³³¹.

Como lo resalta VARONA, sólo impidiendo la referencia a los costes sociales y anclando la eximente sobre la sólida base del principio de responsabilidad individual (culpabilidad), se verían satisfechas las exigencias de justicia en el caso concreto. HART define este principio como la exigencia para imponer una pena de que la persona haya tenido una oportunidad justa de ajustar su comportamiento a lo prescrito por el Derecho³³². Se trata de una fórmula que guarda algún parecido con la de “poder actuar de otro modo”, pero tiene un matiz más normativo y por lo tanto más acertado a nuestro juicio³³³.

En todo caso, interesa en este punto destacar un argumento de VARONA³³⁴ sobre la manera en que debe concretarse la fórmula de HART (lo que vale también para la idea de exigibilidad): deben descartarse de entrada aquellas que la reducen al impacto psíquico de la situación sobre la persona, puesto que restringen el alcance de la fórmula a una causa de inimputabilidad³³⁵. De aceptarse estas tesis, la eximente del miedo insuperable (y agregamos: otras eximentes) sería superflua, pues su ámbito de aplicación quedaría cubierto por el trastorno mental transitorio y se desconocería la razón de ser de las

³³¹ Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, *Op. Cit.*, pp. 27, 32.

³³² Cfr., HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS, “Introducción a los principios de la pena”, en: BETEGÓN, JERNÓNIMO / DE PÁRAMO, JUAN RAMÓN (COORD.), *Derecho y moral, ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel 1990, pp. 163-181, p. 176. Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 72.

³³³ En un sentido similar, Cfr., FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2009, p. 499.

³³⁴ Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 72.

³³⁵ Por ello consideramos que el criterio de la “asequibilidad normativa” sostenido por ROXIN no permite fundamentar adecuadamente las eximentes, y este autor se ve forzado a recurrir a argumentos preventivos. En un sentido similar, Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II.*, *Op. Cit.*, p. 326; Cfr., AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, pp. 134-135

demás eximentes. Así, la exigibilidad debe interpretarse como una referencia normativa: las exigencias normativas que pueden y deben requerirse del individuo concreto³³⁶.

Sin embargo, con ello sólo se ha dado un paso, pues queda todavía sin respuesta la pregunta por las razones concretas que llevan a excluir la culpabilidad, lo que ha sido criticado por SILVA³³⁷ y JESCHECK³³⁸ por su indeterminación. VARONA se propone concretar estas razones, y sostiene que dicho contenido material tiene que ver con *—el más amplio reconocimiento de la libertad del ciudadano frente al poder estatal—*³³⁹, lo que podría explicarse desde las dos ideas siguientes.

En primer lugar, el planteamiento que rescata de HART, consistente en que las eximentes suponen una reafirmación del valor de la libertad de los ciudadanos, porque les permite planear su futuro libre de las injerencias imprevistas del poder estatal³⁴⁰. Así, de no reconocerse esta eximente, el ciudadano no estaría nunca seguro de que una actuación futura en tales circunstancias no lo harían acreedor de un castigo, algo que afectaría negativamente su libertad personal³⁴¹.

No obstante, aclara VARONA que esta es una afirmación todavía muy genérica, como lo ha señalado SILVA al expresar que *—a su base, sólo quedaría un vago aire liberal—*³⁴². En consecuencia, debe acudir a una segunda idea: el reconocimiento de un doble nivel de valoración de las conductas en la sociedad. En un primer momento, la situación sería evaluada con imparcialidad, con independencia de la implicación personal del autor; y en un segundo juicio sí sería tomada en consideración tal implicación personal, y por tanto, parcial³⁴³.

³³⁶ Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 73.

³³⁷ Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 74.

³³⁸ Cfr., JESCHECK, HANS HEINRICH / WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho penal, parte general*, Granada, Comares, 2002, p. 513.

³³⁹ VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 74.

³⁴⁰ HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS, *Op. Cit.*, p. 177. También, Cfr., FERRAJOLI, LUIGI, *Op. Cit.*, p. 491.

³⁴¹ Explica VARONA que en Alemania, WITTIG desarrolla en este sentido el principio de dignidad humana, y LÜCKE hace lo propio con el Estado de Derecho. Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 74.

³⁴² SILVA SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA, "Sobre las situaciones de necesidad que no implican deberes de tolerancia", en: EL MISMO, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 233. Citado por: VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, pp. 74-75, n. 32.

³⁴³ Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 75.

Consideramos acertada la postura de VARONA, según la cual *—la base del principio inexigibilidad o razonabilidad reside precisamente en el valor que asigna, en la resolución de un conflicto de intereses, a la especial perspectiva del autor implicado en él (...)*³⁴⁴. Esta idea de parcialidad y de reconocimiento de la perspectiva individual como apelación a la justicia, aún cuando sea contrario a valoraciones imparciales del ordenamiento, también ha sido resaltada por BUSTOS RAMÍREZ³⁴⁵, como se expondrá más adelante.

Explica VARONA³⁴⁶ que lo anterior supone el reconocimiento de valores ampliamente reconocidos en la sociedad: la separación entre persona (ser autónomo que promueve su propia felicidad e intereses) y ciudadano (como miembro de la sociedad y por tanto sujeto a obligaciones). El Derecho reconoce entonces un doble nivel de valoración de las relaciones: uno basado en la imparcialidad y otro en la parcialidad³⁴⁷. El hecho de que en las eximentes se tomen en consideración razones parciales del agente explica la diferencia con las causas de justificación, donde la valoración es imparcial u objetiva³⁴⁸.

En un sentido similar, PÉREZ MANZANO considera que la culpabilidad tiene una función individualizadora, que cumple frente al injusto. Para cumplirla, valora las circunstancias concretas del individuo y su situación, lo que sería una exigencia del principio de igualdad real: al tomar en consideración estas circunstancias, se posibilita un trato

³⁴⁴ VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 75.

³⁴⁵ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II.*, *Op. Cit.*, pp. 328 ss.

³⁴⁶ Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, pp. 76-77.

³⁴⁷ Esta idea es tomada por VARONA de FINKELSTEIN y NAGEL, quienes se refieren al reconocimiento de compromisos asimétricos (de diferente alcance según se trate de un juicio imparcial o parcial), como consecuencia de la separación entre persona y ciudadano (o Estado). La exigencia a los individuos de que conduzcan su vida ajustada a exigencias imparciales, encuentra un límite en lo que razonablemente puede exigirse a individuos con fuertes motivos personales. Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 78.

³⁴⁸ “En resumen: el doble nivel de valoración de los conflictos que emerge en nuestras sociedades a partir de la doble consideración de las personas como ciudadanos a los que el ordenamiento trata de inculcar la perspectiva impersonal y como individuos motivados por fuertes inclinaciones personales, puede articularse en Derecho Penal a través de la diferencia entre las categorías de la antijuricidad y culpabilidad; imponiéndose la perspectiva impersonal como nivel básico de la exención (justificación), y reconociéndose el punto de vista personal como posible fuente de la exculpación (inculpabilidad) de la conducta, en determinadas circunstancias”. Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, pp. 82-85.

diferenciado acorde con las exigencias de justicia³⁴⁹. También ZAFFARONI acoge este punto de vista, al entender la culpabilidad como un juicio personalizado, de lo cual deriva —*el principio de a nadie puede cargársele con un injusto si no ha sido resultado de su libre determinación y que no puede hacérselo en medida que supere su ámbito de autodeterminación*”³⁵⁰.

A nuestro juicio, las anteriores ideas encuentran un buen complemento en la tesis de BUSTOS RAMÍREZ. Este autor desplaza el punto de atención a —*la capacidad del sistema social concreto para poder exigir algo a esa persona concreta, de exigirle frente al conflicto una respuesta adecuada a la norma*”³⁵¹. La función propia de la culpabilidad sería la de límite al poder punitivo, pues en el ámbito del injusto los presupuestos de la pena están referidos esencialmente a la conducta, pero quedaría faltando una ulterior delimitación sobre el sujeto responsable. Propone entonces superar el debate tradicional entre determinismo y libre albedrío, para situar la discusión en el individuo concreto y no en un sujeto hipostasiado³⁵².

Desde los planteamientos de la criminología crítica, construye BUSTOS RAMÍREZ³⁵³ su concepto de culpabilidad. Así, comienza señalando que la conducta individual no puede ser comprendida por fuera de un contexto social más amplio y del hecho de que es la sociedad la que define (más exactamente, *asigna*) los comportamientos delictivos. Asimismo, debe partirse del individuo concreto que cumple un determinado papel en una relación social concreta, frente al cual aquél toma una conciencia social, de la que se deriva su capacidad de responder. En este orden de ideas, —*la sociedad responde también por esa conciencia lograda por el hombre (...). Luego, la reacción social que se ejerza por comportamiento injusto, está basada tanto en la defensa de los bienes*

³⁴⁹ Por oposición, en el injusto se plasmaría el principio de igualdad formal, en tanto se trata de un juicio de contrariedad normativa con independencia de las particularidades del autor, *Cfr.*, PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, p. 108.

³⁵⁰ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, pp. 507-508.

³⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, p. 327.

³⁵² *Cfr.*, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, p. 328. También en esta línea, *Cfr.*, ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, p. 508.

³⁵³ *Cfr.*, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, pp. 330 ss.

jurídicos cuanto en la formación social de la conciencia del individuo, y por eso mismo no puede otro sentido que contribuir al desarrollo de ella”³⁵⁴.

En este marco consideramos que debe efectuarse el juicio de la exigibilidad³⁵⁵, pues ofrece un valioso elemento adicional que no se halla en el tradicional criterio del poder actuar de otro modo y que no se alcanza a adivinar en la fórmula de HART: *—El Estado no puede exigir si no ha proporcionado o no se dan las condiciones necesarias para que la persona pueda asumir una tarea determinada por lo demás exigida también por el sistema, por ejemplo, el respeto a la norma*”³⁵⁶. A nuestro juicio, esta comprensión de la culpabilidad supera los estrechos límites de lo que BARATTA denomina un “modelo tecnocrático” de ciencia jurídica y puede considerarse inscrita en un “modelo crítico”. En efecto, está guiada no sólo por el “principio de mantenimiento de las garantías”, sino también por el “principio de un proyecto alternativo”³⁵⁷.

Una tesis cercana a estos planteamientos es la de ZAFFARONI, quien más que referirse a una “co-culpabilidad” de la sociedad cuando esta no le brinda al individuo las circunstancias adecuadas para su desarrollo, resalta el carácter selectivo del sistema penal para desarrollar un concepto de culpabilidad que tenga en cuenta el grado de vulnerabilidad de las personas en una sociedad³⁵⁸. Mientras que a algunas personas se les puede reprochar el esfuerzo por alcanzar una situación de vulnerabilidad en la que queda más expuesto al poder punitivo, otras personas parten de entrada de tal estado de

³⁵⁴ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, pp. 333-334.

³⁵⁵ Merece una aclaración el uso de este término en vez del de reprochabilidad. Si bien MAIWALD ha afirmado que son sinónimos, no se trata de una cuestión pacífica, y tal vez sea preferible la expresión exigibilidad por cuanto no tiene el ligero matiz moralizante que se le podría criticar a la reprochabilidad. Al respecto Cfr., AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, pp. 1-3, 9, n. 22.

³⁵⁶ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, p. 335.

³⁵⁷ Este principio es descrito por BARATTA en los siguientes términos: *— exige la articulación autónoma de las necesidades de tutela por parte de los mismos interesados en todos los niveles de la escala social y particularmente en los inferiores, donde están ubicadas las clases subalternas; es decir, la exigencia de favorecer formas de estructurar y gestionar los problemas y conflictos de la desviación no desde el punto de vista de los intereses de conservación del sistema social, sino desde el de la emancipación del hombre*”, BARATTA, ALESSANDRO, *Op. Cit.*, p. 23.

³⁵⁸ Cfr., ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, pp. 513-514.

vulnerabilidad y no les es reproachable el realizar grandes esfuerzos para que se concrete en ellos la peligrosidad de la potestad punitiva estatal³⁵⁹.

Una consecuencia fundamental de una culpabilidad así concebida es, además de su carácter graduable³⁶⁰, que la misma opera exclusivamente como un filtro de la gravedad de la conducta, toda vez que se considera el injusto como el depositario de toda la gravedad del hecho. Desde esta posición, iniciada por HORN³⁶¹, la culpabilidad sería una especie de cedazo, que deja pasar un mayor o menor injusto para atribuírselo al sujeto. Así, la culpabilidad sólo podrá ser plena, atenuada o inexistente, pero nunca tendrá la virtualidad de añadir una mayor gravedad al hecho y en consecuencia no podrá fundamentar las agravantes, derivando éstas exclusivamente de un mayor desvalor de acción o de resultado³⁶².

Este es un punto sobre el que hace especial énfasis ZAFFARONI³⁶³, aunque tal vez sea preferible la formulación de BUSTOS RAMÍREZ, en la medida en que no pareciera tan fácil una equivocada lectura de la misma, que condujera a una ampliación de la punición basada en un mayor grado de culpabilidad. Lo anterior por cuanto hay un solo paso, de la afirmación de que el grado de culpabilidad depende del esfuerzo del autor por ubicarse en una posición de vulnerabilidad, a la imposición de una mayor pena por este hecho.

Pese a que existen autores que consideran la exigibilidad como el fundamento común de causas de exclusión de la culpabilidad que no afecten los demás elementos de ésta (imputabilidad o posibilidad de conocimiento de la ilicitud)³⁶⁴, en este trabajo se sostendrá la tesis de que la inexigibilidad es la esencia de la categoría de la culpabilidad,

³⁵⁹ Cfr., ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, p. 516-520.

³⁶⁰ Cfr., FERRAJOLI, LUIGI, *Op. Cit.*, p. 501

³⁶¹ Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho penal, Parte general, Op. Cit.*, p. 510.

³⁶² LUZÓN PEÑA defiende también esta tesis Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho penal, Parte general, Op. Cit.*, p. 510.

³⁶³ —*Es algo similar a la analogía in bonam partem, que no viola el requisito de la legalidad precisamente porque no se la usa para extender el poder punitivo sino para reducirlo (...)*”, ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, p. 519.

³⁶⁴ Cfr., AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, pp. 53-59.

y dota de sentido todos los elementos de la misma, como se explicará en el siguiente capítulo³⁶⁵.

4.4 CONCLUSIÓN SOBRE EL PAPEL LIMITADOR DE LA CULPABILIDAD

El fin de garantía propio de la culpabilidad no es simplemente una alternativa teórica, sino que viene dado por principios de rango constitucional y normas rectoras del Código Penal, como ya se tuvo la oportunidad de explicar. En este sentido pueden citarse, además del preámbulo de la Constitución Política, especialmente los siguientes artículos: 1 (Estado de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana), 13 (derecho a la igualdad) y 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad). Tampoco puede olvidarse el principio rector de dignidad humana que se encuentra en el artículo 1 del Código Penal colombiano, al igual que los artículos 9 y 12 que se refieren a la culpabilidad.

El criterio de la exigibilidad que se viene de exponer satisface estas exigencias del principio de culpabilidad, en la medida en que impide la instrumentalización del individuo por razones utilitarias y cumple con la función de individualización puesto que atiende a la perspectiva del sujeto concreto. Se trata de un concepto graduable, que no fundamenta el castigo sino que lo limita, de modo tal que no ofrece en ningún caso razones para extender la punibilidad, sino que opera exclusivamente *in bonam partem*. Por otra parte, este criterio permite pensar en la posibilidad teórica de supuestos supraleales de no exigibilidad de otra conducta.

No puede afirmarse lo mismo de las concepciones utilitarias, como ya se tuvo la oportunidad de explicar. Si bien los argumentos preventivos pueden ser útiles para

³⁶⁵ Así, *Cfr.*, ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, p. 532. En Alemania, algunos autores diferencian entre causas de exclusión de la culpabilidad (inimputabilidad y error de prohibición invencible) y causas de disculpa o exculpación, en las que el juicio de reproche sigue siendo posible pero se renuncia a él por indulgencia. Por su parte, consideran que no hay razones materiales para esta distinción, ROXIN y MAURACH. En España, se suelen reconducir sólo algunas de las eximentes a la idea de inexigibilidad, *Cfr.*, AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, pp. 121-125.

fundamentar el injusto, no tienen un claro sentido de límite o garantía y fácilmente pueden ser empleados para abogar por una mayor pena en casos en que la culpabilidad se encuentra atenuada o disminuida.

Por último, vale la pena resaltar que esta orientación es seguida en Colombia por autores como VELÁSQUEZ, SOTOMAYOR, GÓMEZ LÓPEZ, SALAZAR MARÍN, y FERNÁNDEZ CARRASQUILLA –con las aclaraciones que en su momento se hicieron-.

5. LOS ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD Y SU EXCLUSIÓN

Sostiene VARONA³⁶⁶, que el fundamento de las eximentes supone una discusión acerca de las razones últimas de exención de la pena. Sin embargo, en la tradición continental, a diferencia de lo que ocurre en la doctrina anglo-americana, esta discusión ha quedado desplazada por la atinente a la naturaleza jurídica de la eximente (causa de justificación o de inculpabilidad), de modo que se elude la cuestión previa de la fundamentación filosófico-moral. Esto es, además, una condición de coherencia argumentativa del discurso, por lo que a continuación se intentará -brevemente- conectar la fundamentación de la culpabilidad antes ofrecida con las circunstancias que según el Código Penal colombiano excluyen o atenúan la culpabilidad. En cuanto a las circunstancias que atenúan la culpabilidad³⁶⁷.

No se tiene la intención de desarrollar pormenorizadamente cada uno de estos elementos, por obvias razones, sino de hacer unos apuntes muy breves a modo de conclusión con el fin de dar una mayor coherencia al trabajo por medio de este momento de análisis. BUSTOS RAMÍREZ sostiene que la culpabilidad supone tres condiciones: *—la exigibilidad sistémica o imputabilidad; la exigibilidad de la conciencia del injusto; la exigibilidad de la conducta—*³⁶⁸, clasificación que nos servirá para desarrollar el estudio de estos elementos, sin perjuicio de tomar ideas de otros autores. Luego de estudiar las causales legales de no exigibilidad de otra conducta (miedo insuperable, estado de necesidad, insuperable coacción ajena, y la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas), a modo de conclusión se tratará de dar una respuesta al interrogante de si son o no admisibles supuestos supralegales de no exigibilidad de otra conducta.

³⁶⁶ Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 63.

³⁶⁷ Entre las que se contarían en el Código Penal: i) la ira e intenso dolor (art. 57); ii) el error vencible sobre la ilicitud del acto (art. 32-11); iii) la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas en cuanto no tengan la entidad suficiente para eximir de responsabilidad (art. 56); iv) la coacción ajena superable (que se deduciría del art. 32-8); y v) el miedo superable (que se deduciría del art. 32-9). El estudio de estas circunstancias excede los límites de este trabajo, por lo que no serán objeto de análisis más allá de la mención de algunas de ellas al tratar las circunstancias exculpantes.

³⁶⁸ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II.*, *Op. Cit.*, p. 336.

El fundamento material de la concepción de la culpabilidad que se defiende es el libre albedrío, por lo que esta cuestión merece una pequeña glosa adicional de manera previa al estudio de los elementos concretos de la categoría. Como lo señala LUZÓN³⁶⁹, desde una perspectiva probatoria, la cuestión de la libertad de la persona en condiciones normales es una *presunción iuris et de iure*, que no admite ninguna prueba en contrario, mientras que tratándose de personas en condiciones anormales o en situaciones anormales, sería una *presunción iuris tantum*, que sí admitiría prueba en contrario. Este elemento no debe probarse positivamente, puesto que se presupone normativamente en todos los individuos, de tal suerte que su comprobación es negativa: por causas que la excluyan total o parcialmente, ya sea por inimputabilidad o incluso algunos supuestos de inexigibilidad individual.

5.1 LA IMPUTABILIDAD

Comenzando, ahora sí, con el análisis de la imputabilidad, vemos que la doctrina dominante concibe la imputabilidad como la capacidad de comprender el injusto y de determinarse de acuerdo con dicha comprensión, entendiendo que los procesos de motivación y de formación de la voluntad del individuo pueden verse afectados por factores cognitivos, volitivos o afectivos³⁷⁰. Este planteamiento debe matizarse según BUSTOS RAMÍREZ, teniendo en cuenta que en el seno de una sociedad pluralista y democrática existen muy diversos ámbitos culturales con conciencias valorativas y de acción que pueden no coincidir. Así las cosas, *—La cuestión de la imputabilidad e inimputabilidad es la resolución de la exigibilidad e inexigibilidad a nivel general respecto del comportamiento de una persona y resulta de un juicio de compatibilidad de carácter relacional de la conciencia social del sujeto expresada en su actuar con el ordenamiento jurídico—*³⁷¹.

³⁶⁹ Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Op. Cit., pp. 506, 511.

³⁷⁰ Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, pp. 339-340.

³⁷¹ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, p. 342 (énfasis original del texto).

Sólo si tal juicio de compatibilidad relacional se da, el Estado podrá exigirle responsabilidad penal a la persona, pues se entiende que no se dan problemas de carácter general en los procesos de comunicación en un sistema, aunque todavía pueden darse problemas de carácter específico (por falta de la potencial comprensión del injusto o por alguna otra causa de inexigibilidad). Todas las personas tienen en alguna medida capacidades de libertad o motivación, por lo que éstas deben ponerse en relación con un determinado sistema de reglas para valorar la imputabilidad. En el juicio de imputabilidad se valora en definitiva el conflicto sociopolítico que se halla en la base del injusto concreto y que no debe conducir a la estigmatización del individuo, pues no es un juicio sobre las capacidades del mismo, sino un juicio sociopolítico de compatibilidad³⁷².

Pese a que el sujeto no sea imputable, puede estar todavía sujeto a responsabilidad penal; si bien no le puede ser impuesta una pena, existen otras medidas alternativas que evidentemente implican responsabilidad penal³⁷³. Debido a ello y al principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política, deben reconocerse las desigualdades reales existentes entre los inimputables y las demás personas. En consecuencia, han de exigirse (mayores) derechos y garantías especiales debido a su *—situación social de evidente desventaja —en comparación con el imputable— para participar activamente en el sistema social y en consecuencia acceder al pleno goce de los derechos y libertades que la Constitución garantiza a todos de manera igual*”³⁷⁴.

Desde este punto de vista, para SOTOMAYOR³⁷⁵, la inimputabilidad constituye una fórmula de reconocimiento de la situación de desigualdad en la que se encuentran algunas personas, bien sea en razón de su salud mental, edad o la pertenencia a un grupo socio-cultural minoritario (como sucede con los indígenas, por ejemplo). Precisamente

³⁷² Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, p. 343. Críticamente, Cfr., ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, pp. 548-550.

³⁷³ Cfr., SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *Op. Cit.*, p. 250.

³⁷⁴ Cfr., SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *Op. Cit.*, pp. 249, 251. —*bs mayores derechos y garantías del inimputable deben reflejarse en todo el sistema de Derecho penal, por lo tanto no sólo en la determinación de su responsabilidad penal sino también en la naturaleza y ejecución de la sanción y en la forma de enjuiciamiento*”.

³⁷⁵ Cfr., SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *Op. Cit.*, pp. 257-277..

lo que la inimputabilidad reconoce es que las personas catalogadas como inimputables se encuentran en una situación de desigualdad frente a las exigencias del sistema social, por lo que no se les pueden *exigir* las mismas respuestas (o al menos no en el mismo grado) que sí le serían exigibles al sujeto imputable, esto es, a un sujeto sin problemas mentales, mayor de edad y de alguna manera integrado socio-culturalmente.

Se trata de una concepción de la imputabilidad diferente a la tradicional, puesto que rompe con la visión del inimputable como un sujeto anormal que implica una descalificación. No obstante, en nuestro país todavía es mayoritaria la tesis tradicional, que entiende la imputabilidad como capacidad de conocer el sentido de la norma penal y de determinarse de acuerdo con dicha comprensión³⁷⁶.

5.2. LA POTENCIAL CONCIENCIA DEL INJUSTO

El segundo elemento de la culpabilidad que ha de verificarse es la exigibilidad de la potencial conciencia del injusto, el cual no es más que una ulterior concreción de la conciencia social del individuo que se analizó ya en la imputabilidad. Esta conciencia surge ya desde un aprendizaje social y el objeto de esta valoración es si en el caso concreto podía exigírsele al sujeto la *—la internalización de un determinado valor del sistema—*, que informa el injusto concreto³⁷⁷. Se trata de un concepto en cierta medida graduable, puesto que *—cuanto mayor sea el esfuerzo que la comprensión del injusto le demande [al sujeto], menor será la reprochabilidad del injusto (menor culpabilidad), y viceversa—*³⁷⁸. Al igual que en los demás supuestos de inexigibilidad de otra conducta, el criterio a emplear para determinar la vencibilidad del error debe ser el de las

³⁷⁶ Ampliamente, *Cfr.*, SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *Op. Cit.*, pp. 206 ss.

³⁷⁷ *Cfr.*, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, pp. 346-347. Esta diferencia entre conocimiento y comprensión también ha sido resaltada por ZAFFARONI, aclarando además que debe existir la posibilidad de que el individuo tenga consciencia de que el ilícito está tipificado penalmente, *Cfr.*, ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, p. 534-537. En contra, *Cfr.*, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *El error en Derecho penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989, p. 28.

³⁷⁸ En este punto debe insistirse en el planteamiento de que la culpabilidad no agrava, sino que sólo puede ser plena, atenuada o inexistente.

condiciones personales del agente y no el hombre medio³⁷⁹, cuestión que será argumentada a continuación.

Para LUZÓN PEÑA, la posibilidad *subjetiva o individual* de conocimiento de la ilicitud de la conducta tiene ya como presupuesto la posibilidad de conocer los elementos del tipo y la ausencia de los elementos de las causas de justificación. Esto tiene repercusiones en los supuestos de imprevisibilidad subjetiva del hecho o del resultado y en los de error de tipo subjetivamente invencible³⁸⁰.

El reconocimiento de estas circunstancias no es sólo doctrinario sino también legal. En el Código Penal vigente, a diferencia de lo que ocurría en el anterior, el error de prohibición se encuentra consagrado expresamente en el numeral 11 del artículo 32, en el que se excluye la pena cuando es invencible y se prevé una atenuación cuando el error es vencible.

Si el error de prohibición es invencible sería a todas luces injusto el castigo, pues no le puede ser exigible bajo amenaza de pena a un individuo que actúe conforme a Derecho cuando no tiene conciencia de la ilicitud de su conducta. Y en el supuesto en que el error sea vencible, la pena necesariamente ha de ser menor, pues la exigibilidad como concepto graduable debe ajustarse a la pena justa o merecida. Probablemente incluso podría pensarse en establecer una diferencia en la pena para los casos en que se tenga una plena conciencia de lo injusto y supuestos en que dicha conciencia sólo se pueda estimar como potencial. Lo que claramente no es una posibilidad válida es imponer una mayor pena a un sujeto de quien, por sus especiales condiciones personales, se esperaría una mayor comprensión del injusto.

³⁷⁹ Cfr., ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, pp. 569-570. Este autor rechaza la existencia de un pretendido deber de información jurídica, y sostiene que deben valorarse tres aspectos: —i) si al sujeto le fue posible acudir a algún medio idóneo de información; ii) si la urgencia de la toma de decisión le impidió informarse o reflexionar; y iii) si le era exigible que imaginase la criminalidad de su conducta, lo que no sucede cuando, conforme a su capacidad intelectual, a su instrucción o entrenamiento y con un standard mínimo de prudencia, no hubiera tenido motivos para presumirla”. A favor de una “mayor generosidad” en la apreciación de la invencibilidad del error, Cfr., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Error de prohibición: pasado, presente y futuro”, en: A.A.V.V., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999, pp. 358-359.

³⁸⁰ Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho penal, Parte general, Op. Cit.*, p. 512.

5.3 SUPUESTOS LEGALES DE NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Constatada la exigibilidad de la conciencia del injusto, resta todavía considerar todas las circunstancias específicas que han motivado el actuar del individuo concreto, con el fin de indagar si todavía es posible la exigencia de la conducta conforme a Derecho³⁸¹. Hemos visto que la imputabilidad consiste en un juicio abstracto de compatibilidad, y que la potencial conciencia del injusto busca concretar dicho juicio en lo que se refiere a la comprensión del sujeto. Queda por resolver entonces si en tales circunstancias le era exigible *formarse una voluntad* conforme a lo prescrito por el Derecho³⁸².

La exigibilidad penal individual hace referencia, en palabras de LUZÓN PEÑA, a que *“ante una situación motivacional muy complicada y difícil para un sujeto concreto el Derecho penal renuncia al reproche criminal individual porque estima desde sus puntos de vista valorativos y teleológicos, incluyendo los fines de la pena, que no se le puede o no merece la pena exigirle a él penalmente, o sea, bajo amenaza de considerarlo criminal y por ello de pena, que no cometa la conducta que sigue estando desvalorada y prohibida con carácter general”*³⁸³. De estas circunstancias, la ley prevé algunas, ya sea como eximentes o atenuantes —que desde luego pueden aplicarse válidamente por analogía—; y se discute si son admisibles supuestos supraleales. La inexigibilidad individual puede entonces fundamentar más casos de no reprochabilidad en los que no puede negarse completamente la libertad de acción o el poder actuar de otro modo y negativamente presupone la ausencia de causas de exculpación³⁸⁴.

Ahora bien, a la hora de decidir sobre el criterio para concretar dicha exigibilidad en las diversas eximentes se enfrentan dos posturas: la del hombre medio y la que atiende a las

³⁸¹ Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*, V. II., Op. Cit., p. 349.

³⁸² En palabras de ZAFFARONI, pese a que al sujeto le sea exigible la comprensión del injusto, —*exista una constelación gravemente conflictiva que reduzca considerablemente sus posibilidades de comprensión*—, ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, Op. Cit., p. 533.

³⁸³ LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, Op. Cit., p. 43.

³⁸⁴ Cfr., LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Lecciones de Derecho penal*, Parte general, Op. Cit., pp. 494, 507.

condiciones personales del sujeto³⁸⁵. En un punto medio, como ya se indicó, se encuentra la postura mayoritaria, que acude al criterio del hombre medio pero lo contextualiza incluyendo referencias a la posición del autor, como lo podrían ser su edad, sexo, cultura, experiencia, oficio, circunstancias en que ocurre el hecho, etcétera³⁸⁶.

Aunque en la doctrina se haya impuesto mayoritariamente la tesis del hombre medio, esta encierra un peligro, pues desvirtúa la función individualizadora de la culpabilidad a la que se acaba de hacer alusión en el capítulo anterior³⁸⁷. BUSTOS RAMÍREZ y ZAFFARONI parecen decantarse por un criterio subjetivo-individual, el cual parece ser más compatible con el carácter individualizante que la idea de exigibilidad imprime a la categoría de la culpabilidad³⁸⁸. Así, consideramos que es este el criterio que debe regir, no sólo para valorar el estado de necesidad, sino también el miedo insuperable y la insuperable coacción ajena.

El estado de necesidad, la insuperable coacción ajena, el miedo insuperable y la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, son supuestos en los que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo facultades de auto-protección. En esto se asemejan a la legítima defensa, pero su particularidad estriba en que, a diferencia de aquella, el individuo y la parte afectada se encuentran en la misma posición frente al Derecho y en principio ninguno estaría obligado a tolerar la lesión de sus bienes jurídicos³⁸⁹. Se trata entonces de establecer en estos casos cuáles son *—las exigencias normativas que pueden y deben requerirse de la persona que se encuentra en una situación de presión por la amenaza de un mal—*³⁹⁰.

³⁸⁵ Cfr., AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, p. 141, n. 415.

³⁸⁶ Cfr., AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, pp. 14-141.

³⁸⁷ Como bien lo señala PÉREZ MANZANO, *—yano se trata de si el autor pudo obrar de otro modo, sino de si se hubiera podido actuar de otro modo—*. Aún así, esta autora considera que se trata de la única solución operativa para determinar la culpabilidad en un proceso penal, PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Op. Cit.*, p. 139.

³⁸⁸ Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, pp. 380, 384; Cfr., ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, pp. 531-532.

³⁸⁹ En palabras de VARONA: *—encierta forma, se trata de no aceptar —el propio destino—, para transferirlo a un tercero—*, VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 62.

³⁹⁰ VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 73. En palabras de DRESSLER, autor citado por VARONA, consiste en determinar qué podemos legítimamente esperar de otros seres humanos en condiciones de amenaza.

Esta amenaza de un mal, que genera una reducción en el ámbito de autodeterminación de la persona³⁹¹, sumado a la especial relevancia que se le reconoce a la perspectiva individual, pueden considerarse entonces un presupuesto común de las cuatro causales referidas.

Al estado de necesidad exculpante, a la insuperable coacción ajena y a la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, como ya se dijo, pueden extenderse las conclusiones que se anotaron en el capítulo anterior, aunque los planteamientos de VARONA estuviesen en principio relacionadas con el miedo insuperable. Especialmente, vale la pena recordar que la interpretación de estas eximentes desde teorías que hacen referencia a la presión psíquica o anormal motivación no son satisfactorias³⁹². En primer lugar, por cuanto no concuerdan con la regulación legal, que condiciona el reconocimiento de estas eximentes a requisitos objetivos y no a criterios como los exigidos por aquellas teorías. Además, no explica por qué la eximente del estado de necesidad no se aplica en los casos en que el agente debía enfrentar el peligro, aunque exista la misma presión psíquica.

Al analizar la regulación legal de estas eximentes puede observarse como sólo el estado de necesidad contiene algunos requisitos concretos, mientras que la insuperable coacción ajena, el miedo insuperable y la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas simplemente se enuncian. Así las cosas, tal vez quepa hacer más comentarios sobre la primera eximente, para luego tratar de delimitar las cuatro eximentes entre sí.

5.3.1 El estado de necesidad exculpante

Como causal de exculpación³⁹³, el estado de necesidad debería reservarse para los casos en que los intereses en conflicto son imponderables o de igual valor³⁹⁴, puesto que

³⁹¹ *Cfr.*, ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, pp. 532-533.

³⁹² Sobre el estado de necesidad exculpante, *Cfr.*, AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, p. 95.

³⁹³ Se aclara que partimos de una teoría diferenciadora del estado de necesidad, que reconoce la existencia de un estado de necesidad con carácter justificante, cuando se causa un mal menor al evitado; y otro con carácter exculpante, que se explicará a continuación. Ampliamente en *Cfr.*, URIBE ÁLVAREZ, ROBERTH,

cuando son de igual valor, tratarlo como causa de justificación supondría desconocer que ambos sujetos merecen igual protección del ordenamiento jurídico y que se estaría reconociendo una ley del más fuerte³⁹⁵. Si bien este requisito que atiende a la relación entre los intereses en conflicto no se encuentra expresamente consagrado en el texto legal, puede deducirse de la exigencia de no tener el deber jurídico de afrontar el peligro. Así, cuando el daño que se causaría por el sujeto mediante la acción de protección fuese desproporcionadamente superior al que lo amenaza, estaría vedado el recurso a esta eximente.

De los requisitos legales de esta eximente, que son de sobra conocidos, sólo cabe hacer una precisión sobre el papel que juega la inexigibilidad como criterio de interpretación de los mismos, de la mano de los planteamientos de AGUADO CORREA³⁹⁶.

Frente al requisito de subsidiariedad de la acción salvadora, el criterio de la exigibilidad morigeraría la exigencia de la posibilidad de acudir a medios lícitos, o en su defecto a medios ilícitos menos lesivos, cuestión ligada a si el sujeto debía sacrificar sus propios intereses. Así, no se trata de un requisito absoluto, sino que el análisis se efectuará entre aquellos medios que le eran exigibles al sujeto, para lo cual se tomarán en consideración las especiales circunstancias del autor y la situación en la que actuó³⁹⁷.

Por otra parte, la exigibilidad también se manifiesta de manera especial en el requisito según el cual el peligro no debe haber sido causado intencionalmente o por imprudencia. En estos supuestos se trata entonces de una exigibilidad especial al sujeto que obra en tales circunstancias en virtud de la cual se le exigiría el sacrificio de sus

“Sobre la posición dogmática del estado de necesidad y sus problemas dogmáticos”, en: ARAQUE, DIEGO (coord.), *Estudios de Derecho penal, libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 1135-1180. En este trabajo puede encontrarse también un estudio de la doctrina nacional sobre este tema.

³⁹⁴ Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, p. 143.

³⁹⁵ Así también, Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II., Op. Cit.*, pp. 142, 379. En contra, LARRAURI, *Vid., Supra*, nota 322.

³⁹⁶ Cfr., AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, pp. 103-118.

³⁹⁷ Cfr., AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, p. 107.

propios intereses³⁹⁸, y probablemente no debería interpretarse de modo absoluto, al igual que el requisito del deber jurídico de afrontar el peligro³⁹⁹.

En el estado de necesidad, la situación de amenaza de un mal inminente hace que no sea exigible al sujeto comportarse conforme a Derecho. Sería injusto y desproporcionado el castigo en tales circunstancias, pues se desconocería que la voluntad del individuo se encuentra sometida a una fuerte presión externa, que genera una *—notoria reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto en la situación constelacional en que se realiza la acción, lo que neutraliza la posibilidad de reproche—*⁴⁰⁰.

Por último, se observa como en Colombia adoptan la teoría unificadora del estado de necesidad en la antijuridicidad FERNÁNDEZ CARRASQUILLA⁴⁰¹, ROMERO SOTO⁴⁰², ESTRADA VÉLEZ⁴⁰³, PÉREZ⁴⁰⁴, REYES ECHANDÍA⁴⁰⁵ y SALAZAR MARÍN⁴⁰⁶, mientras que MEZA MORALES se declara partidario de una teoría unificadora en la culpabilidad⁴⁰⁷. Por su parte, VELÁSQUEZ⁴⁰⁸ y GÓMEZ LÓPEZ⁴⁰⁹ defienden la teoría diferenciadora.

5.3.2 La insuperable coacción ajena

En segundo lugar está la eximente de la insuperable coacción ajena, sobre la cual no hay mucho que decir, más allá de que, como razonablemente se puede deducir del texto legal, reconoce la limitación en la autodeterminación del sujeto por motivo de una coacción que tiene origen en un tercero y que fuerza a aquél a cometer un ilícito. Dos consideraciones adicionales caben en este punto: por una parte no requiere la existencia

³⁹⁸ Cfr., AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, p. 113.

³⁹⁹ Exclusivamente sobre este último requisito, Cfr., AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, p. 115.

⁴⁰⁰ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Op. Cit.*, p. 587.

⁴⁰¹ Cfr., FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental, V. II*, Bogotá, Temis, 1989, p. 322.

⁴⁰² Cfr., ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Op. Cit.*, p. 426.

⁴⁰³ Cfr., ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho penal, Parte general, Op. Cit.*, pp. 184-185.

⁴⁰⁴ Cfr., URIBE ÁLVAREZ, ROBERTH, *Op. Cit.*, p. 1163.

⁴⁰⁵ Cfr., URIBE ÁLVAREZ, ROBERTH, *Op. Cit.*, p. 1166.

⁴⁰⁶ Cfr., SALAZAR MARÍN, MARIO, *Op. Cit.*, p. 584.

⁴⁰⁷ Cfr., URIBE ÁLVAREZ, ROBERTH, *Op. Cit.*, p. 1171.

⁴⁰⁸ Cfr. VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general, Op. Cit.*, p. 840.

⁴⁰⁹ Cfr., GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Op. Cit.*, pp. 635-641, 1169-1170.

del miedo y tampoco parece exigirse una determinada relación entre los males como ocurre en el estado de necesidad exculpan.

Posiblemente podría considerarse esta eximente como un supuesto especial de estado de necesidad exculpan, con dos particularidades: el mal amenazante no ha de ser inminente, y como parece deducirse de la redacción legal debe provenir de la conducta de un tercero. De aceptarse esta tesis aún habría que analizar hasta qué punto los demás requisitos del estado de necesidad pueden extenderse a esta eximente.

También podría plantearse la siguiente cuestión relativa al fundamento de esta eximente: ¿se trata, al igual que en el miedo insuperable, de la preferencia legítima por los propios intereses⁴¹⁰? De ser así, el mal amenazante que genera la coacción debería recaer sobre el sujeto o sobre personas cercanas a él. De lo contrario, ocurriría lo mismo que en el estado de necesidad exculpan, donde no se presenta esta exigencia adicional. Este punto merece un estudio dogmático adicional, que precise el fundamento de esta eximente más allá de la premisa general de la capacidad del sistema social de exigir una determinada conducta al individuo, teniendo en cuenta la perspectiva individual. Así se permitiría por la demás una más clara delimitación de esta eximente frente a las demás, y en especial frente al miedo insuperable.

Lo que se quiere destacar por ahora es que sin duda se trata de un evento de no exigibilidad de otra conducta, pese a la imputabilidad y conciencia de la ilicitud de la conducta por parte del sujeto. Al igual que en el estado de necesidad, la circunstancia en que se encuentra el autor implica una reducción de su ámbito de autodeterminación, que debe ser tomada en cuenta por el Derecho penal para decidir si se le exime del castigo o por lo menos se atenúa la pena.

En Colombia, VELÁSQUEZ considera esta eximente como un caso especial del estado de necesidad, mientras que autores como GÓMEZ LÓPEZ⁴¹¹ y FERNÁNDEZ CARRASQUILLA le dan un tratamiento independiente. En lo atinente al criterio para determinar la

⁴¹⁰ *Vid., Infra*, 5.3.3.

⁴¹¹ *Cfr.*, GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Op. Cit.*, pp. 1121 ss.

vencibilidad o invencibilidad de la coacción, se suele acudir al criterio del hombre medio con las capacidades especiales del autor⁴¹².

5.3.3 El miedo insuperable

En cuanto al miedo insuperable, vale la pena traer a colación valiosos argumentos de VARONA, quien ha precisado en mayor medida el fundamento de esta eximente. Ya se afirmó que la idea de exigibilidad que subyace al principio de culpabilidad supone el reconocimiento de un nivel de valoración parcial, individual. De ello se sigue el reconocimiento de la autonomía de la persona y del hecho de que nuestros propios intereses (o los de nuestros familiares – por el innegable valor social de la familia-) nos son más valiosos que los de los demás.

Así, es tarea del Derecho *encauzarla en sus justos límites, pero no negarla*, como acertadamente sostiene VARONA⁴¹³. Esto deriva del hecho de que sería contradictorio afirmar el valor de estas relaciones íntimamente personales y al mismo tiempo condenar a alguien cuando prefiere estas. Lo decisivo es que las motivaciones personales acogidas por el individuo gozan en general de aceptación social, pues consideramos que forman parte esencial del hecho de ser persona. Por lo menos *algunas veces*, la preferencia por los propios intereses no debería ser merecedora de castigo, porque negar a una persona toda individualidad, conduciría a la imposición de una “ética del hormiguero”, en la que se exigiría el sacrificio del individuo en aras del bien común⁴¹⁴. La base de esta eximente es entonces la *—preferencia legítima por los propios intereses. Legítima porque se corresponde con unos valores que, por ser inherentes a la autonomía de la persona, son dignos de protección—*⁴¹⁵. Se trata entonces de un criterio deontológico y no empírico, pues atiende a la perspectiva individual del agente, coherentemente con el principio de exigibilidad que ya se expuso.

⁴¹² Así por ejemplo, *Cfr.*, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Op. Cit.*, p. 286.

⁴¹³ *Cfr.*, VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, pp. 77-79.

⁴¹⁴ *—Tal resolución parcial es aceptada por el ordenamiento penal porque es el reflejo de unos valores (auto-interés, familia, amor, amistad) que un sistema liberal que reconozca la diferencia entre individuo y Estado no puede desconocer: la perspectiva parcial forma parte de lo que somos y de cómo somos—* (énfasis original del texto). *Cfr.*, VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, pp. 77-81.

⁴¹⁵ VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, p. 82.

Se aclara nuevamente con AGUADO CORREA⁴¹⁶, que esta eximente no se debe interpretar en clave exclusivamente psicológica sino normativa, aunque sin desconocer su base psicológica⁴¹⁷. Así, *“Lo decisivo no es el grado de perturbación anímica y la consiguiente alteración psicológica o mental que padece el sujeto puesto que el sujeto no se ve privado de sus facultades volitivas ni de actuación, sino que todavía posee capacidad psíquica para autorregular su comportamiento. Lo decisivo es, por el contrario, la determinación de las exigencias normativas que pueden y deben requerirse a la persona que se encuentra en una situación en la que le amenaza un mal (...)”*⁴¹⁸.

El carácter vencible o invencible del miedo ha de determinarse con ayuda de la idea de inexigibilidad, de modo tal que no se refiere al conflicto psicológico del sujeto, sino a la respuesta que el individuo da al mismo y que en algunos casos se acepta, puesto que el ordenamiento jurídico no puede exigir una actuación diferente⁴¹⁹. Nuevamente consideramos que lo acertado es emplear el criterio individual y no el del hombre medio.

En cuanto a la propuesta de VARONA, quien enuncia una serie de requisitos normativos para el miedo insuperable, AGUADO CORREA⁴²⁰ considera que los mismos no se derivan de la ley y pueden suponer una inadmisibile reducción del campo de aplicación de la eximente. No obstante, a nuestro entender se trata de exigencias que razonablemente pueden deducirse del fundamento de la eximente⁴²¹. Pese a ello, creemos que los requisitos indicados por BUSTOS RAMÍREZ son más adecuados, en la medida en que este autor rechaza los relativos a la necesidad de defensa, la proporcionalidad y a la

⁴¹⁶ Cfr., AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, pp. 137-138.

⁴¹⁷ Una definición del miedo puede ser la dada por VARONA: —*Exigencia de un cierto estado emocional en el individuo, provocado por la amenaza de un mal y caracterizado por el temor de la persona al advenimiento de un hecho desagradable, frente al cual ésta puede reaccionar de diversas formas*”, VARONA GÓMEZ, DANIEL, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, Comares, 2000, p. 148, citado en: AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, p. 135.

⁴¹⁸ AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, p. 135.

⁴¹⁹ Cfr., AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, p. 139.

⁴²⁰ Cfr., AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, p. 141, n. 415.

⁴²¹ Cfr., VARONA GÓMEZ, DANIEL, *Op. Cit.*, pp. 89-90.

inexistencia de un deber de soportar el mal⁴²². Así se le abre un mayor campo de aplicación a la eximente, más allá de supuestos cercanos al estado de necesidad exculpante⁴²³.

Como requisitos, defiende BUSTOS RAMÍREZ los siguientes: —a) *necesidad de actuar inminentemente para poder defenderse con eficacia*⁴²⁴; b) *creencia de la realidad y seriedad del mal amenazante —no es necesario que el mal sea ilícito en todo caso*⁴²⁵; c) *el mal no ha de haber sido provocado responsablemente por la persona que actúa para evitarlo*⁴²⁶; d) *una cierta entidad del mal —independientemente de los bienes jurídicos en juego—, y e) el sujeto pasivo del mal ha de ser el propio autor o una persona vinculada afectivamente con el autor*”.

La diferenciación del estado de necesidad y el miedo insuperable basada en el origen del peligro es un “*vestigio histórico*”, como lo argumenta convincentemente VARONA⁴²⁷. En consecuencia, la distinción debe basarse en primer lugar en la entidad de los intereses en juego, pues el miedo insuperable cabe aplicarse a supuestos en los que se produzca un mal mayor al evitado. En segundo lugar, como ya se dijo, los requisitos de la necesidad de defensa y de inexistencia del deber de soportar el daño no se exigen

⁴²² Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*, V. II., Op. Cit., pp. 384-387.

⁴²³ “Los límites de la acción defensiva son los de la propia inexigibilidad de otra conducta al sujeto concreto en la situación concreta. De ahí que no aparezca adecuado exigir necesidad de la defensa, proporcionalidad y no tener obligación de soportar el mal, pues ello normativizaría la eximente hasta el extremo de casi identificarla con el estado de necesidad”, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*, V. II., Op. Cit., p. 386.

⁴²⁴ Sobre este punto, aclara el autor que: “La defensa lo puede ser tanto cuando el peligro sea de causación inmediata si no se evita, como si se trata de daños futuros cuando el peligro es duradero y el daño puede producirse en cualquier momento”, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*, V. II., Op. Cit., pp. 384.

⁴²⁵ Ello, en opinión del autor, —porque el principio de inexigibilidad (que se encuentra en la base de la eximente de miedo insuperable) ya ha demostrado en diversas ocasiones que puede servir para eximir de pena incluso en supuestos en los que el mal que amenaza sea lícito. Así sería, por ejemplo, en el caso del ladrón que huye desobedeciendo la voz de alto de la policía”, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*, V. II., Op. Cit., pp. 385.

⁴²⁶ Aclara el autor que, de todos modos, “a la hora de evaluar la actuación precedente deben tenerse en cuenta los motivos que llevan a la persona a colocarse en una situación de peligro”, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*, V. II., Op. Cit., pp. 386.

⁴²⁷ VARONA GÓMEZ, DANIEL, Op. Cit., p. 88. Aún así, debe recordarse que para este autor, el estado de necesidad tiene un papel exclusivamente justificante, opinión que no compartimos. También rechazan este criterio de diferenciación entre las eximentes, Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*, V. II., Op. Cit., pp. 389.

frente al miedo insuperable; pero sí debe constatarse la existencia del miedo, lo que no ocurre en el estado de necesidad exculpante.

Quizá podría sostenerse que el miedo insuperable tiene carácter subsidiario frente a las demás eximentes, si se acepta la tesis que ya se expuso de la insuperable coacción ajena como caso especial de estado de necesidad exculpante. Esta eximente no se encuentra sujeta a requisitos tan estrictos como los del estado de necesidad, por lo que probablemente podrían encuadrarse en ella otros supuestos excepcionales caracterizados por la “preferencia legítima por los propios intereses”.

En nuestro ámbito, la Corte Suprema de Justicia interpreta esta eximente desde una óptica psicologista⁴²⁸, que como se explicó, no se considera satisfactoria. Además, la insuperabilidad se evalúa acudiendo al criterio del hombre medio, que tampoco se comparte, como también se sostiene en la doctrina por autores como VELÁSQUEZ⁴²⁹. En cuanto a la diferenciación con la insuperable coacción ajena, la jurisprudencia hace radicar la distinción en el origen del miedo, sin hacer mayores precisiones⁴³⁰.

5.3.4 La influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas

Por último, sostenemos que la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas es otro supuesto legal de inexigibilidad de otra conducta, consagrada en el artículo 56 del Código Penal. Lo anterior se deduce de la redacción legal: *—El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición*” (resaltas por fuera del texto).

⁴²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sentencia de diciembre 12 de 2002, radicado 18983.

⁴²⁹ Cfr. VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general*, Op. Cit, p. 846.

⁴³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sentencia de julio 22 de 2009, radicado 27277.

Se trata a nuestro juicio de circunstancias íntimamente ligadas a la valoración de la perspectiva individual, y que de tener la entidad suficiente para excluir la responsabilidad penal, ello ocurriría debido a una situación de inexigibilidad de otra conducta. Este supuesto se conecta de manera particularmente clara con los planteamientos de BUSTOS RAMÍREZ expuestos en el capítulo anterior, puesto que si el Estado y la sociedad no han proporcionado las condiciones necesarias para exigirle al individuo una conducta conforme a Derecho, sino que por el contrario éste se encuentra sumido en la miseria, marginación o ignorancia extremas, su conducta será inculpable, en la medida en que estas circunstancias influyan en la comisión del ilícito.

Sobre esta eximente, tampoco se puede ofrecer un estudio más preciso y pueden plantearse las mismas dudas que se expusieron a propósito de la insuperable coacción ajena, aunque probablemente parezca más dudoso que en este caso el fundamento sea la preferencia legítima por los propios intereses. En la doctrina nacional, hace referencia expresa a estos supuestos GÓMEZ LÓPEZ, aunque con la finalidad de fundamentar lo que considera supuestos supraleales de no exigibilidad de otra conducta⁴³¹. En la obra de VELÁSQUEZ no se encuentra una alusión a estas circunstancias como supuesto de exculpación.

A modo de recapitulación, se propone el siguiente esquema tentativo para analizar cuál de las cuatro eximentes estudiadas debe aplicarse en un caso concreto. En primer lugar, ha de atenderse a la relación entre el mal causado y el evitado: si se trata de males iguales o de bienes jurídicos imponderables, en principio corresponde aplicar el estado de necesidad exculpante, salvo que falte alguno de sus requisitos.

Si el mal causado es superior al evitado, es claro que no procede el reconocimiento del estado de necesidad exculpante, por lo que deberá averiguarse inicialmente si el sujeto estuvo motivado por una coacción ajena insuperable y si pueden constatarse los demás requisitos de esta eximente. De no ser así, queda el recurso a las eximentes del miedo

⁴³¹ *Cfr.*, GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Op. Cit.*, p. 888.

insuperable, y la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas.

Si no concurrió coacción por parte de un tercero ni influyeron en la comisión de la conducta las circunstancias previstas en las otras eximentes, eventualmente cabría pensar en un supuesto supralegal de no exigibilidad de otra conducta, lo que de entrada parecería muy remoto.

5.4 ¿SON ADMISIBLES SUPUESTOS SUPRALEGALES DE INEXIGIBILIDAD?

A continuación, como último tema que se tratará en este trabajo, se pretende exponer los argumentos a favor y en contra de la admisibilidad supuestos supralegales de no exigibilidad de otra conducta, debate que quedó apenas insinuado en el primer capítulo de este escrito.

Una aproximación al estudio de este tema revela que se trata de un asunto bastante olvidado en la doctrina extranjera reciente y casi completamente ausente en la doctrina colombiana. Una posible explicación para ello se puede encontrar en la obra de MELENDO PARDOS⁴³², quien hace un recuento del desarrollo del concepto material de culpabilidad y el principio de exigibilidad desde sus inicios hasta nuestros días. Este autor explica que este debate fue uno de los más importantes hacia la década de los '30, pero que el mismo se cerró demasiado pronto y tal vez en falso.

Así, es obligada una nueva referencia breve al surgimiento del concepto material de culpabilidad en Alemania, con el fin de comprender las razones y las particularidades históricas que posteriormente habrían de tener tan fuerte influencia en la postura mayoritaria de la doctrina sobre este tema. Tras recordar algunos aspectos puntuales de los planteamientos de FRANK y de FREUDENTHAL, además de otros autores afines, se intentará hacer un catálogo de los argumentos que posteriormente se adujeron en la

⁴³² MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, 2002.

doctrina alemana, tanto a favor como en contra de la inexigibilidad supralegal y que básicamente han cerrado el debate hasta la actualidad. Por último, se enunciarán unas breves conclusiones y se fijará la postura de quien escribe.

5.4.1 Los inicios: el tratamiento diferenciado de la inexigibilidad supralegal en FRANK y la defensa de FREUDENTHAL de la inexigibilidad con carácter general

En los primeros planteamientos de FRANK, la normalidad de las circunstancias en las que actúa el autor es un elemento adicional contenido en el concepto de culpabilidad. Este nuevo ingrediente de la culpabilidad se apoya en sentencias del Tribunal Supremo del Reich, que excluían la punición por razones similares, si bien exclusivamente en casos de imprudencia, como ya se indicó⁴³³.

El tratamiento diferenciado de las conductas dolosas y las imprudentes en cuanto a la exculpación, parece obedecer a la discusión existente sobre el papel de las consideraciones normativas en estas dos figuras. Así, mientras que se aceptaba en mayor medida la inclusión de elementos normativos en la imprudencia, ello era objeto de aguda polémica en el dolo⁴³⁴. Así las cosas, la inexigibilidad nace con un ámbito de aplicación diferenciado en las actuaciones dolosas y las imprudentes⁴³⁵.

Posteriormente FREUDENTHAL se esforzó en desarrollar un concepto material de culpabilidad con un alcance más amplio. Este autor formula una objeción frente a la limitación de la exculpación supralegal a los delitos imprudentes en los planteamientos

⁴³³ Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 93. La referencia de la sentencia más importante sobre este punto puede encontrarse en AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, p. 22. Cabe preguntarse si la negación de la exculpación supralegal en los delitos dolosos por parte del Tribunal Supremo alemán se refería tanto a los delitos de acción y a los de omisión o sólo a los primeros. Al respecto, una vez fue planteada la discusión por RUTKOWSKI en 1939, la doctrina alemana de la época pareció estar de acuerdo en que esta restricción no afectaba los delitos dolosos omisivos. Lo anterior se justifica en opinión de este autor por el hecho de que las prohibiciones tienen carácter más absoluto (sus límites pueden conocerse sin más), a diferencia de lo que ocurriría con la omisión, que es un concepto más indeterminado. Al respecto, Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 128, n. 503 y p. 212.

⁴³⁴ Esta asimetría fue criticada por SCHAFFSTEIN, quien resaltó que ello equivalía a considerar la imprudencia una forma de culpabilidad y el dolo sólo un elemento de ésta, Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 93.

⁴³⁵ Cfr., CUERDA RIEZU, ANTONIO, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 194 y n. 295, citado por: MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 98.

de FRANK⁴³⁶, como ya fue anotado anteriormente⁴³⁷. FREUDENTHAL, aplicando un argumento *a minore ad maius*, estima que lo que era correcto para la imprudencia debía serlo también para el dolo, siendo una culpabilidad más grave⁴³⁸, máxime cuando la aplicación del estado de necesidad no se limitaba por la ley a las conductas imprudentes.

5.4.2 El rechazo de la no exigibilidad supralegal en los delitos dolosos de acción en la doctrina mayoritaria

En la actualidad, y desde la segunda guerra mundial, la postura mayoritaria coincide con la primera tesis de FRANK expuesta anteriormente⁴³⁹. Entre los partidarios de la tesis mayoritaria en la doctrina europea se cuentan MARCETUS, WACHINGER, GRÜNHUT, ERICH WOLF y DROST, quienes presentan diversos argumentos, de los cuales se resaltan los siguientes⁴⁴⁰: i) la imposibilidad de aprobar el motivo del autor en los delitos dolosos⁴⁴¹; ii) el carácter excepcional de las normas que consagran el estado de necesidad; iii) argumentos preventivos; y iv) el error que supone derivar normas jurídicas de conceptos construidos doctrinalmente. A continuación se explicarán con mayor detenimiento estos argumentos, a excepción del primero, que no merece un comentario adicional.

En cuanto al carácter excepcional de los supuestos de estado de necesidad, estos autores recurren a argumentos histórico-teleológicos y señalan que el legislador alemán quiso limitar especialmente los supuestos de exculpación, a diferencia de los de justificación, donde sí se aceptan causas supralegales⁴⁴². Por otra parte, también se señala que la regulación es excepcional en la medida que no se atiende a la gravedad del bien jurídico lesionado sino a circunstancias específicas del autor, que de ser consideradas con carácter general, harían *—estallar el Derecho penal estatal—*⁴⁴³.

⁴³⁶ Cfr., FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Op. Cit.*, p. 83.

⁴³⁷ *Vid.*, *Supra*, nota 52.

⁴³⁸ Cfr., FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Op. Cit.*, p. 84.

⁴³⁹ Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 169 y 202.

⁴⁴⁰ Se resume a continuación el análisis de esta postura desarrollado por MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, pp. 202 ss.

⁴⁴¹ De modo poco claro por MARCETUS, Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 202.

⁴⁴² Así, WACHINGER, Cfr. MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 204.

⁴⁴³ En este sentido se pronuncia GRÜNHUT, Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 204.

En segundo lugar, aparecen argumentos de claro corte preventivo. Así, consideran que el ordenamiento jurídico debe prescindir de la relativización que supone el juicio individualizador del juez, en interés de la protección de los bienes jurídicos y refuerzo de la amenaza legal⁴⁴⁴. Igualmente, se argumenta que incluso es incorrecta la aplicación analógica del estado de necesidad, por cuanto el legislador no ha otorgado a la doctrina y la jurisprudencia la facultad de determinar los supuestos de exculpación. La anterior afirmación se apoyaría en el hecho de que no tendría sentido que el legislador determinara claramente el estado de necesidad y simultáneamente permitiera la exculpación por fuera de estos estrictos límites⁴⁴⁵.

De particular importancia consideramos el siguiente argumento: es inadmisibles que sea el juez y no la ley quien deba decidir sobre cuáles son los supuestos de no exigibilidad de otra conducta. Además señalan que una generalización exagerada de estas consideraciones llevarían fácilmente, desde la perspectiva unilateral del autor, a un debilitamiento de las funciones del Derecho penal y a su pretensión de cumplimiento⁴⁴⁶.

Por último, algunos autores indican que es un error sostener que el concepto de culpabilidad deba ser el mismo para el dolo y para la culpa y que es incorrecto que se creen supuestos de exculpación sin asidero legal expreso a partir de construcciones dogmáticas que no son consecuencia obligada de la interpretación de la ley⁴⁴⁷. Para DROST, el tratamiento diferenciado del dolo se explica porque *—la seguridad jurídica y el efecto preventivo-general de las conminaciones penales sólo hacen necesaria una responsabilidad general para las infracciones conscientes de la ley—*⁴⁴⁸.

MELEND PARDOS atribuye a SCHAFFSTEIN y a MAURACH el haber formulado la crítica decisiva a la inexigibilidad supralegal⁴⁴⁹, la cual prácticamente cerró el debate hacia 1933. Para SCHAFFSTEIN, es criticable aceptar causas de inexigibilidad supralecales, tanto en los delitos imprudentes y omisivos, como en los dolosos (de acción). Lo

⁴⁴⁴ Esta es la postura de DROST, *Cfr.*, MELEND PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 204.

⁴⁴⁵ Así, ERICH WOLF. *Cfr.*, MELEND PARDOS, *Op. Cit.*, p. 205.

⁴⁴⁶ Estos argumentos son presentados por RÄUBER y DROST, *Cfr.*, MELEND PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 206.

⁴⁴⁷ Esta es la tesis de GRÜNHUT, *Cfr.*, MELEND PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 207.

⁴⁴⁸ *Cfr.*, MELEND PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 210.

⁴⁴⁹ *Cfr.*, MELEND PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, pp. 213 y 215

anterior por cuanto la medida de la exigibilidad no había sido suficientemente determinada y en consecuencia la fórmula de la culpabilidad material no sería más que una tautología⁴⁵⁰.

Por otra parte, sostiene SCHAFFSTEIN que se relativizarían y debilitarían las prohibiciones, tanto en los destinatarios de las normas, como en el juez⁴⁵¹. Frente a los destinatarios, considera que el efecto motivador de las prohibiciones se aminora cuando contiene muchos elementos normativos con grandes márgenes de arbitrio, y estos debilitamientos individuales llevarían a influir en la medida del comportamiento medio, disolviendo el Derecho penal con el tiempo. En cuanto al juez, estima que no le suministra una medida clara, obligándolo a aplicar la moral dominante y los criterios con los que enjuicia su propio comportamiento, supuestos que deberían excluirse de la valoración judicial⁴⁵².

Como se ve, los argumentos preventivos ocupan un papel central en esta crítica. En este sentido SCHAFFSTEIN⁴⁵³ considera que es incorrecta la postura naturalista que hace depender la validez del Derecho positivo por el poder psicofísico del hombre (que pudiera haber actuado de otro modo), pues sólo interesa la validez normativa o ideal de

⁴⁵⁰ La tesis de SCHAFFSTEIN es interesante además porque rechaza el argumento a contrario que se había empleado en contra de la inexigibilidad supralegal (es decir, del hecho de que existan supuestos específicamente regulados de exculpación, derivar la conclusión de que no puede haber causas no tipificadas de no exigibilidad). Al respecto, sostiene que este argumento obedece a un enfoque positivista lógico-formal, que ya fue abandonado a favor de un método normativo-teleológico. *Cfr.*, MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, pp. 216-217.

⁴⁵¹ *Cfr.*, MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, pp. 220 y 221.

⁴⁵² En la antijuridicidad material no ocurriría lo mismo, puesto que el interés preponderante se juzgaría desde el interés del Estado según este autor, *Cfr.*, MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 222.

⁴⁵³ Señala AGUADO CORREA que también fue decisivo para el rechazo de la inexigibilidad supralegal, además de la tesis jurisprudencial alemana ya indicada, su incompatibilidad con la pretensión nacionalsocialista del Estado con disposición total sobre los ciudadanos, que influyó en la doctrina de la época, *Cfr.*, AGUADO CORREA, TERESA, *Op. Cit.*, p. 22. De hecho, no debe extrañar en un autor como SCHAFFSTEIN, tan cercano a las ideas nacionalsocialistas, el que recurra a esta clase de consideraciones. Así lo sostiene MÜLLER: *—Las características esenciales de la teoría del Derecho penal nazi se desarrollaron sobre todo en la escuela de Derecho de la Universidad de Kiel, donde la política de personal había llevado a la creación de una facultad nazi incomparable, que incluía a profesores como Georg Dahm, Ernst Rudolf Huber, Karl Larenz, Michaelis Friedrich Schaffstein y Wolfgang Siebert, que brindaban al sistema judicial la base intelectual para sus interpretaciones sangrientas. El resumen más significativo de esos principios es tal vez el programa contenido en la Teoría Política del Derecho Penal de Schaffstein (Politische Strafrechtswissenschaft)—*, MÜLLER, INGO, *Los juristas del horror*, Bogotá, Álvaro Nora Librería Jurídica, 2009, pp. 121-122. Debe aclararse que la no exigibilidad supralegal puede ser criticable por diversos motivos, pero es importante conocer el trasfondo de los argumentos que marcaron el sentido de la discusión en Alemania.

las normas. Ésta se determina por el sentido y fin de las normas (la culpabilidad como elemento del delito, para este caso –lo que este autor deriva de la función preventivo general de la pena-) ⁴⁵⁴.

5.4.3 La minoritaria aceptación de la no exigibilidad supralegal en los delitos dolosos e imprudentes

Hemos visto cuáles son los argumentos que el sector claramente mayoritario de la doctrina ha esgrimido en contra de la inexigibilidad supralegal. Ahora se expondrá la postura contraria, es decir aquella que la considera admisible. Esta postura está ligada, según MELENDO PARDOS, a la afirmación por parte de un sector de la doctrina de una vinculación entre la no exigibilidad y la culpabilidad material ⁴⁵⁵. Es decir, de los supuestos exculpantes expresamente regulados, se extrae su principio fundamentador y se arriba al reconocimiento de la culpabilidad como un concepto material. Igualmente, en apoyo de esta postura, se indican similitudes con el concepto de antijuridicidad material ⁴⁵⁶, siendo ambos principios que expresan la necesidad lógica de la necesidad de adaptación del Derecho al caso concreto.

Ante las críticas de indeterminación de la no exigibilidad, estos autores consideran que el carácter material del concepto permite reconducirlo a un principio, reduciendo así este riesgo ⁴⁵⁷. La idea detrás del concepto sería la siguiente: *—hay motivos cuya fuerza, superior en un hombre medio al motivo del deber, tiene que reconocer el ordenamiento jurídico—* ⁴⁵⁸. Este sería un principio con un grado de indeterminación comparable al del principio del interés preponderante para la comunidad jurídica, que fundamenta la causa supralegal de causas de antijuridicidad, la cual goza de mayor aceptación ⁴⁵⁹. Sin embargo, los desarrollos en este sentido no logran superar la objeción de la petición de principio formulada por SCHAFFSTEIN.

⁴⁵⁴ Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, pp. 223 ss.

⁴⁵⁵ Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 170.

⁴⁵⁶ Así ocurre en los planteamientos de MEZGER, Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 174.

⁴⁵⁷ Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 175.

⁴⁵⁸ MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 175.

⁴⁵⁹ Este argumento es esgrimido por ENGISCH, Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 175.

Igualmente se encuentra en TARNOWSKI una crítica a la asimetría en el tratamiento del dolo y de la imprudencia. Este autor considera que por mera coherencia debe aceptarse en ambas clases de delitos, ya sea la no exigibilidad supralegal o la aplicación exclusiva de los supuestos legales⁴⁶⁰. JOBST, por su parte, propugna por una inexigibilidad supralegal en todas las clases de delitos, salvo en los de imprudencia inconsciente, pues en ellos no puede haber conflicto entre el motivo del autor y el de obediencia a la norma⁴⁶¹.

Frente a la crítica del poder decisorio del juez, replican estos autores que bastaría recurrir a tribunales colegiados, que formen criterios seguros de aplicación, aclarando que siempre habrá sentencias equivocadas, pero que el objetivo es reducir la discrecionalidad judicial a un mínimo⁴⁶². JOBST rechaza este pánico al reinado judicial, señalando que *—montan caballos cansados—*⁴⁶³. Y KUTTER señala que si se llegasen a incrementar los delitos como temía SCHAFFSTEIN, ello sólo obligaría a los jueces a fijar más claramente los límites de la inexigibilidad.

Ante las objeciones de corte preventivo sobre el debilitamiento del Derecho penal, GALLAS replica que no son definitivas, pues a lo sumo son válidas frente a la medida generalizante que se había construido entonces, pero que no afectaban la validez de la idea de exigibilidad⁴⁶⁴. La solución sería entonces construir una medida con límites más estrictos. Igualmente se aclara que se trata de una idea nueva, que con el tiempo doctrina y jurisprudencia irán dotando de contenido.

Se rechaza frontalmente la concepción preventiva de la culpabilidad expuesta por SCHAFFSTEIN, indicando que vacía de contenido esta categoría, pudiendo llevar al extremo de imponer penas sin culpabilidad para salvaguardar el efecto preventivo general, como ya se ha tenido la oportunidad de demostrar en este trabajo⁴⁶⁵. Recurriendo a este mismo argumento de justicia, se aboga por una causa supralegal de

⁴⁶⁰ Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 189.

⁴⁶¹ Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, pp. 244 y 245.

⁴⁶² Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 238.

⁴⁶³ MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 239.

⁴⁶⁴ Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 244.

⁴⁶⁵ *Vid.*, *Supra* 4.2., Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 241.

inexigibilidad, aclarando que la prevención sólo es posible si se da el presupuesto de la *justa retribución*⁴⁶⁶.

A propósito de esta postura favorable a la inexigibilidad supralegal, considera MELENDO PARDOS que no están claras las razones de su escaso éxito, aunque a su juicio el debate se cerró en falso muy pronto⁴⁶⁷. En opinión de este autor, el debate sólo evidencia que se había agotado el modelo psicologista del sujeto, insuficiente para soportar la categoría de la culpabilidad, y llevó a que se acogieran luego de la segunda guerra mundial consideraciones sobre la debilidad humana, aunque se desechara la finalidad de construir una inexigibilidad supralegal⁴⁶⁸. Por otra parte, juzga muy débil la fundamentación de la asimétrica aplicación en los delitos dolosos (de acción) y los demás delitos, por más que ello se haya convertido en un dogma desde hace muchos años⁴⁶⁹.

En la actualidad es una tesis minoritaria en la doctrina y se sostiene desde muy diversos planteamientos. Sin embargo, cabe destacar que ocupa un lugar central el argumento de la justicia, pues estos autores critican en la postura contraria un positivismo exacerbado⁴⁷⁰. Consideran que es contradictoria la aceptación de una antijuridicidad material y el rechazo de una culpabilidad material sin ofrecer mayores razones para ello⁴⁷¹. En opinión de MANGAKIS, *—el reconocimiento de la inimputabilidad y la inexigibilidad fuera de los casos legales ofrece la posibilidad de valorar el caso particular desde el punto de vista de la equidad y, por lo tanto, según criterios materiales de justicia—*⁴⁷².

⁴⁶⁶ Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 243.

⁴⁶⁷ Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, pp. 247 y 272.

⁴⁶⁸ Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 272.

⁴⁶⁹ Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 267.

⁴⁷⁰ Así, por ejemplo EB. SCHMIDT: *—quien niega aquí todavía las posibilidades de exculpación supralegal, tiene que intentar tranquilizarse respecto a su decisión groseramente injusta con lastimosos argumentos positivistas—*. En un sentido similar, ENGISCH. MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, pp. 410 y 413.

⁴⁷¹ Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 410.

⁴⁷² MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 411.

5.4.4 Toma de postura

Como se explicó este tema no ha sido objeto de debate hace bastantes años, sin que en nuestra opinión existan razones contundentes y definitivas para que ello sea así. Se trata de un asunto con muy diversas aristas. Como fue puesto de relieve por JOBST, confluyen aspectos jurídico-dogmáticos, jurídico-metodológicos, jurídico-políticos, y jurídico-filosóficos, que para dar mayor claridad al debate, deben ser tenidos en cuenta pero sin mezclarlos⁴⁷³.

A nuestro juicio, existen buenas razones para reabrir el debate, especialmente cuando la fórmula de la inexigibilidad y la medida relacionada con ella –aspectos muy criticados en su momento- han experimentado tantas transformaciones desde los años '30. A la luz de nuevas concepciones de la culpabilidad como la de BUSTOS RAMÍREZ o ZAFFARONI, sería interesante reevaluar la conveniencia o inconveniencia de una inexigibilidad supralegal.

Consideramos que lo más adecuado sería regular específicamente los supuestos de no exigibilidad de otra conducta, con el fin de ofrecer al juez criterios claros que pueda aplicar en los casos concretos. No obstante, cuando ello no sea posible, no juzgamos rechazable el recurso a supuestos supralegales de no exigibilidad de otra conducta para garantizar una solución justa. Lo anterior siempre y cuando vayan de la mano de un desarrollo coherente del principio de inexigibilidad, que lo dote de un verdadero contenido material, para no incurrir en la *petitio principii* que señalaba SCHAFFSTEIN.

Ahora bien, como ya se explicó al inicio de este capítulo, en Colombia el Código Penal ofrece, además del estado de necesidad, otros dos supuestos que probablemente merecen mayor desarrollo dogmático. Consideramos entonces que la insuperable coacción ajena y el miedo insuperable, así como la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, permitirían más amplias posibilidades de exculpación que las existentes en otros países, por lo que probablemente sea más sabio desarrollarlas y aplicarlas antes de pensar en una inexigibilidad supralegal.

⁴⁷³ Cfr., MELENDO PARDOS, MARIANO, *Op. Cit.*, p. 247.

En la doctrina nacional, ROMERO SOTO⁴⁷⁴ y PÉREZ⁴⁷⁵ asumen una postura favorable a la inexigibilidad supralegal al menos en los delitos culposos, aunque consideran que debe sujetarse a límites precisos. Más recientemente, puede hallarse en la obra de GÓMEZ LÓPEZ una alusión expresa a este tema, que fundamenta en “*excepcionales circunstancias sociales de desigualdad, pobreza, miseria, ignorancia extremas*”⁴⁷⁶. En las obras de VELÁSQUEZ y en la de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA no se trata expresamente el tema dentro la exposición de los supuestos exculpantes, por lo que posiblemente dichos autores no comparte esta tesis.

⁴⁷⁴ Cfr. ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Op. Cit.*, pp. 247 ss.

⁴⁷⁵ PÉREZ, LUIS CARLOS, *Op. Cit.*, p. 519.

⁴⁷⁶ GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Op. Cit.*, p. 888.

6. CONCLUSIONES

De manera muy breve se expondrán a continuación algunas conclusiones generales sobre el trabajo, para insistir en puntos que se consideran importantes.

- La confusión o ambigüedad existente en la doctrina sobre el sentido de la expresión “principio de culpabilidad” puede explicarse por el desarrollo de la categoría dogmática del mismo nombre. En efecto, inicialmente la teoría psicológica de la culpabilidad coincidía con el sentido tradicional del principio referido a la garantía de responsabilidad subjetiva. Sin embargo, la progresiva normativización de la culpabilidad llevó a que la exigencia de dolo o culpa se considerara una cuestión relativa al injusto, mientras que la idea de exigibilidad se afianzaba en la categoría dogmática de la culpabilidad. Así, el sentido tradicional del principio de culpabilidad ya no concordaba con el contenido de la categoría.
- La exigencia de responsabilidad subjetiva reviste vital importancia, pero probablemente sea más claro deslindarla del principio de culpabilidad. Consideramos que el principio *nulla poena sine culpa* debería hacer referencia al contenido de la categoría de la culpabilidad y a su particular función dentro del concepto dogmático de delito y no a la garantía de responsabilidad subjetiva, por ser esta una cuestión ajena a la categoría de la culpabilidad.
- El principio de culpabilidad así entendido tiene una insustituible función de límite o garantía frente al poder punitivo estatal. Este principio busca reivindicar la perspectiva individual y establecer exigencias diferentes a las del injusto para decidir si un individuo concreto se hace merecedor de una pena. Así, un concepto de culpabilidad que busque satisfacer estas exigencias no puede servir para extender el ámbito de la punibilidad y debe ser graduable, además de que no puede referirse simplemente a un hipotético hombre medio.

- No todo concepto de la culpabilidad satisface estas exigencias, como pudo observarse al analizar las teorías utilitarias de la culpabilidad. Estas concepciones no tienen un claro sentido de límite y olvidan la perspectiva del individuo concreto, pudiéndose prestar con facilidad para reivindicar una mayor pena allí donde el sujeto es inculpable o su culpabilidad es atenuada. Por el contrario, la idea de exigibilidad tal y como es desarrollada por BUSTOS RAMÍREZ demuestra ser un criterio con gran capacidad de rendimiento en la medida en que cumple con todas estas exigencias.
- La fórmula defendida por el autor chileno hace alusión a que deben estar dadas ciertas condiciones mínimas para que el Estado pueda exigir a un individuo que se comporte conforme a Derecho. La exigibilidad es la idea que dota de contenido todos los elementos de la culpabilidad. Así, tanto la imputabilidad, como el conocimiento potencial de la antijuridicidad y los demás supuestos legales de inculpabilidad o menor culpabilidad responden a la idea de que sería desproporcionado o injusto imponer a un sujeto una pena (o hacerlo en una mayor medida) en tales circunstancias.
- La teoría de la exigibilidad como criterio de justicia permite una interpretación de los elementos de la culpabilidad respetuosa de los principios constitucionales y de los principios rectores del Código Penal, en la medida en que es un concepto graduable, opera exclusivamente *in bonam partem* y atiende a las circunstancias concretas en que actuó el individuo. Igualmente, permite pensar en la posibilidad teórica de supuestos supraleales de no exigibilidad de otra conducta.
- En Colombia, el Código Penal consagra una gran variedad de circunstancias que excluyen o atenúan la culpabilidad, por lo que probablemente sea más sabio desarrollarlas y aplicarlas antes de recurrir a supuestos supraleales de inexigibilidad, que probablemente serían innecesarios. Reclama particular atención en nuestro país un estudio cuidadoso de los límites entre las distintas

eximentes, puesto que ni en la doctrina ni en la jurisprudencia hay claridad al respecto.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, TERESA, *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, Granada, Comares, 2004.
- AGUDELO, NÓDIER, *Curso de Derecho penal*, 4º Ed., Medellín, Nuevo Foro, 2011.
- BARATTA, ALESSANDRO, “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, en: *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, B de F, 2004.
- BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, “Algunas reflexiones a raíz de la nueva formulación del principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal español de 1992”, en: *Nuevo Foro Penal*, N. 57, Medellín, Temis, 1992.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ / HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, V. II.*, Madrid, Trotta, 1999.
- _____, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Trotta, Madrid, 2006.
- CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL FERNANDO, “Algunas reflexiones sobre el fundamento de la culpabilidad”, en: *Derecho penal y criminología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1989.
- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, “Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal”, en: *InDret*, Barcelona, 2011.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, “Error de prohibición: pasado, presente y futuro”, en: A.A.V.V., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999.

DONINI, MASSIMO, “El caso de la ignorancia invencible”, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, PABLO (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, Madrid, La Ley, 2011.

DONNA, EDGARDO ALBERTO, “Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa”, prólogo a la obra de GOLDSCHMIDT, JAMES, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Buenos Aires, B de F, 2002.

ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, “La culpabilidad penal”, en: *Temas de Derecho penal colombiano*, N. 5, Medellín, Pequeño Foro, 1970.

_____, *Derecho penal, Parte general, T. I.*, Bogotá, Temis, 1986.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2009.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, “Hacia un Derecho penal sin culpabilidad”, en: *Nuevo Foro Penal*, N. 19, Bogotá, Temis, 1982.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental, V. II*, Bogotá, Temis, 1989.

_____, “Dogmática penal sin reproche de culpabilidad en la hora actual”, en: *Dogmática y criminología, homenaje de los grande tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, Legis, 2005.

FERNÁNDEZ, GONZALO DANIEL, “La fundación de la teoría normativa de la culpabilidad”, estudio preliminar a la obra de FRANK, REINHARD, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Buenos Aires, B de F, 2000.

_____, “Culpabilidad normativa y exigibilidad” estudio preliminar a la obra de FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2003.

- FRANK, REINHARD, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Buenos Aires, B de F, 2000.
- FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2003.
- GAITÁN MAHECHA, BERNARDO, “El Derecho penal conforme a las concepciones modernas”, en: *Nuevo Foro Penal*, N. 19, Medellín, Temis, 1983, pp. 331-340.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, en: EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1990.
- GOLDSCHMIDT, JAMES, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Buenos Aires, B de F, 2002.
- GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Teoría del delito*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2003.
- HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS, “Introducción a los principios de la pena”, en: BETEGÓN, JERNÓNIMO / DE PÁRAMO, JUAN RAMÓN (Coords.), *Derecho y moral, ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel 1990, pp. 163-181.
- HASSEMER, WINFRIED, “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal”, en: *InDret*, Barcelona, 2011.
- HENKEL, HEINRICH, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, Buenos Aires, B de F, 2005.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal, Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, HANS HEINRICH / WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho penal, parte general*, Granada, Comares, 2002.

LARRAURI PIJOAN, ELENA, “Causas de justificación: criterios de identificación”, en: HASSEMER, WINFRIED / LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1997.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Curso de Derecho penal. Parte General*, Madrid, Universitas, 1996.

_____, “Libertad, culpabilidad y neurociencias”, en: *InDret*, Barcelona, 2011.

_____, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.

MELENDO PARDOS, MARIANO, *El concepto material de culpabilidad y el principio de exigibilidad*, Granada, Comares, 2002.

MEZA MORALES, “¿Derecho penal de culpabilidad?”, *Temas de Derecho penal colombiano*, N. 14, Medellín, Señal Editora, 1982.

MEZA MORALES, FERNANDO; GONZÁLEZ ZAPATA, JULIO, “Del peligrosismo al culpabilismo”, en: *Memorias*, Medellín, Universidad de Antioquia - Comlibros, 2010.

MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, Reppertor, 2011.

MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO, “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”, en: EL MISMO (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 21-36.

MÜLLER, INGO, *Los juristas del horror*, Bogotá, Álvaro Nora Librería Jurídica, 2009.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *El error en Derecho penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989.

NÚÑEZ, RICARDO CAYETANO, “Bosquejo de la culpabilidad”, introducción a la obra de GOLDSCHMIDT, JAMES, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Buenos Aires, B de F, 2002.

PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *Culpabilidad y prevención*, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986.

PÉREZ, LUIS CARLOS, *Derecho penal, Partes general y especial, T. I.*, Bogotá, Temis, 1987.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *La culpabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982.

ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, *Derecho penal, Parte general, V. II.*, Bogotá, Temis, 1969.

ROXIN, CLAUS, *Derecho penal, parte general*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1997.

SALAZAR MARÍN, MARIO, *Teoría del delito*, Bogotá, Ibáñez, 2005.

SCHÜNEMANN, BERND, “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, en: EL MISMO (comp.), *El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991.

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, Temis, 1996.

URIBE ÁLVAREZ, ROBERTH, “Sobre la posición dogmática del estado de necesidad y sus problemas dogmáticos”, en: ARAQUE, DIEGO (coord.), *Estudios de Derecho penal*,

libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 1135-1180.

VALBUENA, FRANCISCO, “A favor del principio de culpabilidad: un punto de vista personal”, en: *Nuevo Foro Penal*, N. 50, Bogotá, Temis, 1990.

VARONA GÓMEZ, DANIEL, “El miedo insuperable y la ética del hormiguero: reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, No. 12, Santiago de Chile, 2010.

VELÁSQUEZ, FERNANDO, “¿El inciso final del artículo 40° del C.P. se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición?”, en: *Nuevo Foro Penal*, N. 19, Bogotá, Temis, 1983, pp. 295-315.

_____, “La problemática del error en la doctrina y la jurisprudencia actuales”, en: *Nuevo Foro Penal*, N. 24, Bogotá, Temis, 1984.

_____, *Derecho penal. Parte general*, Medellín, Comlibros, 2009.

WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán, parte general*, Buenos Aires, Roque Depalma, 1956.

_____, *El nuevo sistema del Derecho penal*, Buenos Aires, B de F, 2002.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL / ALAGIA, ALEJANDRO / SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2006.